





على بدوى
استاذ القانون الجنائى وتاريخ القانون
بكلية الحقوق

أبحاث التاريخ العام للقانون

الجزء الأول

تاريخ الشرائع

بسم الله الرحمن الرحيم

كلمة الافتتاح

١ — اساليب الفقه الحديث ، ٢ — الدراسة التاريخية ، ٣ — البحث المقارن .
٤ — الدراسة الحديثة في الشريعة الاسلامية ، ٥ — نشاط علمي جديد ، ٦ — وسيلة
النهوض بالفقه الاسلامي .

١ — يمتاز الفقه الحديث في مختلف مواد وفروعه بأسلوبين من البحث
العلمي أحدثا اتجاها جديدا في العلم القانوني ، وقد يكون لها شأن خطير في توجيه
التشريع الحديث ، وهما الدراسة التاريخية والبحث المقارن .

وقد كان البحث الفقهي في كل أمة من الأمم مقصورا على درس نظمها
القانونية ، يبين أحكامها ويحدد آثارها ومجال تطبيقها على الحالات الفردية المختلفة ،
ثم اتجهت عناية الباحثين من ناحية الى تتبع هذه النظم في أدوارها التاريخية
وظروف نشوئها وتطورها ، ومن ناحية ثانية الى دراسة مثيلاتها من نظم الأمم
الأخرى ، فانتسعت دائرة جهودهم العلمية ، وتناولت قانونهم ، لا باعتباره وحدة
مستقلة خاصة ، وإنما باعتباره حلقة من سلسلة حياة مطردة الحلقات يتصل ماضيها
بماضرها ، وباعتباره كذلك جزءا من مجموع تشترك فيه شرائع المجتمع الانساني
كل منها بنصيب .

٢ — والواقع أن الأبحاث التاريخية الحديثة أظهرت لنا بعد المدى الذي
ذهب اليه التماثل الاجتماعي بين الشعوب المختلفة خلال أدوار حياتها ، في عهد
تكوينها وفي مراحل تطورها ، وفي واجبهته من الصعوبات والظروف والأحوال

الاجتماعية عصرا بعد عصر ، وفيما اتخذته من الوسائل لعلاجها وتنظيمها وضبطها ، وكذلك أظهرت ما كان من تشابه وتقارب في تطور شرائعها وتقاليدها القانونية ، والتشريع ما هو الا وسيلة من وسائل العلاج الاجتماعى تتغير تبعا لحالة المجتمع ، وتمشى مع تطوره . ويتبين هذا التشابه واضحا في تاريخ الشرائع القديمة ، كما عند اليونان والرومان والجرمان والهنود والعرب ، سواء أ كان ذلك في العهد الذى نشأت فيه التقاليد القانونية ، أم في المظاهر للمتتابعة التى تشكلت بها ، أم في الوسائل التى عملت على تطورها واتساع أحكامها . غير أن بعض هذه الشرائع اتخذت في نشوئها وتطورها صبغة سياسية أو وضعية كالقانون الرومانى والقانون اليونانى ، وبعضها استمدت أصولها وعوامل تقدمها من مصادر دينية أو سماوية كالشريعة الاسلامية والشريعة الهندية .

٣ — وكما أن البحث التاريخى يدلنا على مدى التماثل في تطور الشرائع خلال عصورها المختلفة ، فإن البحث للمقارن يبين لنا مبلغ التشابه في قواعد النظم القانونية بين شرائع الأمم المختلفة في عصر من العصور . فاذا تناول هذا البحث للمقارن نظم العصر الحديث كان أداة للوقوف على مواطن الشبه ومواضع الخلاف بين شرائع الأمم الحاضرة ، وعلى قيمة اشتراك العقليات الاجتماعية في اقرار النظم القانونية وفى تهذيبها ، وعلى مظاهر النقص في شريعة أمة ما ، من حيث درجة تمشيتها مع تطور المدنية الحديثة ، ومن حيث مبلغ ما قدمته من للمعونة في ميدان العلم القانونى العام .

فالقدر الذى يصل اليه كل من البحث التاريخى والبحث للمقارن من التوفيق بين قوانين الأمم الحديثة ، والذى يوحى به من سد النقص في شريعة أمة من الأمم ، هو القدر الذى يؤدى به وظيفته الخطيرة ، وهى توحيد التشريع في أمم العصر الحاضر ، وهى الدرجة القصوى التى يمكن أن يصل اليها القانون فى

تقدمه وتطوره ، والغاية التي يجب أن ينشدها الفقه الحديث ، وأن ترمى إليها أساليب البحث في الشرائع المختلفة .

٤ — ولقد كانت الشريعة الإسلامية من بين هذه الشرائع في العصور الأولى للإسلام غنية بنظمها ومتانة قواعدها ، كفيلة بضبط علاقات الأفراد وسلوكهم أجيالاً طويلة ، بلغ في خلالها الفقه الشرعي ذروته من البحث وعمق التفكير ودقة الأسلوب ، سواء في ذلك القواعد المدنية والأحوال الشخصية والمسائل الجنائية . هذا البناء العلمي المتين الدقيق ، الذي كان سائداً على العالم الإسلامي ينظم أحوال شعوبه ويضبط علاقات أفرادها في عصر كان فيه الظلام سائداً على العالم الأوربي خلال القرون الوسطى ، لم يتل نصيبه من البحث والدراسة في بدء العصور الحديثة ، ولم تتناوله جهود العلماء ورجال القانون بمثل ما تناولت به شرائع الرومان والجرمان ، سواء أكان ذلك من وجهة الدراسة التاريخية أم من وجهة البحث المقارن . وقد يكون ذلك راجعاً إلى قلة اهتمام علماء الغرب بأنظمة الشرق وشرائعه ، وإلى اختلاف اللغة وصعوبة الوصول إلى تفهم قواعد الشريعة من ينابيعها الأصلية ، وقد يكون ذلك راجعاً إلى قعود فقهاء المسلمين عن مثل هذه الدراسة بأساليبها الحديثة ، وعن اظهار مبادئ الشريعة ونظمها القانونية وأوضاعها العلمية ، وما تمتاز به آراء الشرائع الأخرى من تهذيب ومرونة ومتابعة للحالة الاجتماعية . وكانت النتيجة الطبيعية لهذا الغتور انقطاع الصلة العلمية القانونية بين الشرق والغرب زمناً ، وسبباً الشريعة الإسلامية أمام نهضات الشرائع الأخرى قديمها وحديثها ، وحرمان الفقه العالمي من مصدر خصب للابحاث التاريخية والمقارنة ، مصدر لا يقل في سعة ميدان نفوذه ولا في مدى تطوره ولا في غزارة نظمه ومبادئه عن القانون الروماني الذي يعتبرونه قانون العالم الحديث .

٥ — لكن هذه الحال لم يقدر لها أن تستمر أمام انتشار معالم للدين الحديثة ، وما أحدثته من وسائل الاتصال العالمى اتصالا ماديا وأديا ، ومن اتساع في مناحى البحث وتنوع في أساليبه ، وما أنتجته من تأثير التفكير الأوروبي في العقلية الشرقية . وترتب على ذلك كله من وجهة الفقه الاسلامى حركة علمية مزدوجة ، فمن جهة امتدت أبحاث بعض فقهاء الغرب الى الشريعة الاسلامية ، وأخذوا يتعرفون أصولها ومبادئها ، ومن جهة أخرى قام فريق من رجال الفقه والقانون في البلاد الاسلامية ، وعلى الأخص في مصر منذ مبدأ القرن الأخير ، بدراسة أحكام الشريعة الفراء واخراج مبادئها في أسلوب يتفق واتجاه البحث العلمى الجديد ، ومقارنتها بمبادئ الشرائع العالمية الأخرى من رومانية وانجليزية وفرنسية .

وقد اشترك في هذه النهضة طائفة من علماء الشريعة الذين تفقهوا منذ تربتهم الأولى في الدين وأحكامه وتشربت نفوسهم بما بين العقيدة والشريعة من صلة ^(١) ، وطائفة من رجال القانون الذى نهلوا من المبادئ القانونية المصرية ، ودرجوا على أسلوب الفقه الحديث . ومن للظاهر الجديرة بالاعجاب تلك المجموعة الفتية من الرسائل العلمية التى قدمها للصريون من المشتغلين بالعلوم القانونية في

(١) نذكر منهم حضرة صاحب الفضيلة الأستاذ الأكبر الشيخ محمد مصطفى المراغى وله مذكرة جليلة الشأن غير منشورة عن أساليب التشريع الاسلامى وتطوره قدمها لوزارة الحفانية مناسبة لتعديل أحكام الأحوال الشخصية ، ومنهم حضرة صاحب الفضيلة الأستاذ أحمد ابراهيم ابراهيم بك أستاذ الفقه الاسلامية بكلية الحقوق وله عدة رسائل وأبحاث مقارنة . وفضيلة الشيخ محمود شلتوت من علماء الجامعة الأزهرية وله بعض مقالات نشرت في تطور التشريع الاسلامى وتأثير العرف في أحكامه ، والأستاذ محمد بك الحضرى — كتاب تاريخ التشريع الاسلامى ، والأستاذ أحمد أمين — فجر الاسلام ، وفضيلة الأستاذ عبد الوهاب خلاف — السياسة الشرعية .

أوروبا الى الجامعات الفرنسية ، وكثير منها يحتوى على بحوث جليسة قيمة في الشريعة الاسلامية على اختلاف فروعها ومواضيعها ، مما كان له أكبر الأثر في وقوف علماء الغرب على نظم الشريعة الاسلامية وأحكامها ، وفي اظهار متانتها وعمقها بجانب نظم الشرائع الأوروبية .

٦ — وهنا نكاد نلمس الوسيلة السامية الفعالة للكشف عن أسرار الشريعة الاسلامية ، وابرار مباحثها في ثوبها المصرى ، ووضعها في المستوى الجدير بها بين الشرائع الأخرى ، تلك الوسيلة التى يجب أن تتوفر وأن تقوى في البيئة العلمية الاسلامية على وجه عام ، والتى يجب أن تعمل على توفرها وتقويتها في البيئة العلمية المصرية على وجه خاص ، وهى تفقه رجال القانون في علوم الشرع الاسلامى من جانب ، ووقوف علماء الشريعة على مبادئ القانون المصرى وأساليب بحثه من جانب آخر . فاذا تم تبادل الثقافتين الدينية والمدنية ، وامتزاج العقليتين الشرعية والقانونية ، جاءت الجهود متضامنة والمعونة مزدوجة ، وقامت الصلة بين الشريعة والقانون ، وأخذ الفقه الاسلامى مكانه في العلم القانونى الحديث .

مقدمة

١ — أهمية هذه المادة ، ٢ — منهاج الدراسة

— ١ —

يشمل التاريخ القانونى دراسة الحالة الأولى التى نشأت فيها الشرائع القديمة وتكونت فيها للمبادئ أو النظم القانونية ، والوقوف على التطورات التى مرت بها تلك الشرائع والنظم ، والتعديلات المختلفة التى أصابها فى خلال المصور المتعاقبة حتى وصلت إلى حالتها الحاضرة . فتبين من هذه الدراسة مقدار الأثر الذى أحدثته القوانين القديمة فى تكوين الشرائع الحالية ، وقيمة الميراث القانونى الذى آل إلى الأمم الحديثة من الأجيال السالفة ، وتقف على الصلة القائمة بين الماضى والحاضر .

وقد أصبح لهذا النوع من الدراسة المكان الأول فى الأبحاث القانونية الحديثة ، ولم يزد علماء القانون الاعتراف بما له من قيمة كبرى فى أنواع الدراسة القانونية عامة .

١ — فهو أداة لتفهم الشرائع والمبادئ القانونية الحالية . لأن القانون فى أى عصر من العصور وفى أى شعب من الشعوب ، لم يكن حادثة من حوادث المصادفة ، أو نزعة عرضية من نزعات المشرع ، وإنما هو وليد ظروف التاريخ وثمرة تطور المجتمع ، ونتيجة لموامل مختلفة من سياسية واقتصادية ودينية وفكرية متصلة الحلقات متدرجة مع سنة التقدم الانسانى ، والبحث فى هذه الظروف والموامل والتطورات يمهّد استيعاب الشرائع والنظم فى حالتها الأخيرة

التي وصلت اليها . وفي نظر بعض المؤرخين ^(١) أن المبادئ القانونية في عهدها الأول بالنسبة لعلم القانون تماثل طبقات الأرض الأولى بالنسبة لعلم الجيولوجيا ، تلك الطبقات التي كانت تحتوي على جميع القوى الكامنة التي شكلت الكرة الأرضية بعد ذلك في أشكالها وطبقاتها المختلفة ^(٢) .

٢ — وهو عامل من عوامل الثقافة الاجتماعية . لأن لكل عصر ولكل شعب نظماً قانونية تتناسب — في درجتها من الرقي والانحطاط — مع المستوى

(١) Sir Henry Sumner Maine, Ancient Law, 1920, p. 2.

(٢) وتأييداً لهذه الفكرة نجد في شرائع العهد الحديث نظامي الحق المبنى والحق الشخصي Droit personnel, Droit réel ، أما الأول فهو حق منصب على الدين أو الشيء الذي يتعلق به ، كحق الملكية وحق الانتفاع ، وهو في معظم الحالات يتناول بسلطانه هذا الشيء من أكثر جوانبه من استعمال واستغلال وتصرف ، فهو يكاد يمتزج بالشيء ذاته ويتنسب اليه عند تسميته ولذلك قيل حق شيء أو عين ، وهذا يتفق مع حالة القانون الروماني في عهده القديم حين لم يكن من الحقوق المبنية الا حق الملكية وحين كان حق الارتفاق أو الانتفاع مساوياً لحق الملكية في مدى سلطانه على الشيء الخاضع له . وأما الحق الشخصي وهو في العصر الحديث الحق الذي يتصل بذمة المدين ولو أنه قد يتعلق بشيء ما بل وينفذ على مال المدين ، كدين يبلغ من المبالغ ، فلا تفهم حكمة تسميته هذه على وجهها الصحيح الا اذا رجعنا الى العهد القديم حين كان حق الدين عند الرومان يحمل للدائن على شخص مدينه سلطة المالك على شيء بحيث يستطيع اذا لم يوف بدينه أن يستخدمه ويستبد به أو يبيعه أو يقتله ، فهو في القديم حق منصب على الشخص يتناول بسلطانه هذا الشخص من كل جوانبه كما يتناول الحق المبنى الدين من كل جوانبه ، ولذلك أطلق عليه اسم الحق الشخصي ازاء ما أطلق عليه اسم الحق المبنى ، واستمر هذا الاصطلاح الى عهدنا الحالي — انظر كتابنا مبادئ القانون الروماني ص ٢١٤ — وكذلك كتاب الاستاذ كيك Cuq, Manuel des Institutions Juridiques des Romains p. 326 et 364. وتأييداً لهذه الفكرة كذلك يرجع ما أثبتته الاستاذ هولتز في كتابه من أمثلة للمبادئ القانونية الحديثة التي لم تكن الا تهديداً للنظم النظرية في المصور القديمة . ومن هذه المبادئ النظرية المبدأ الذي يقرر مصادرة الآلات التي استعملت في ارتكاب الجريمة ولو كانت ملكاً لغير المجرم الذي استعملها ، وهو مبدأ يرجع الى أن القوة في القديم كانت مبنية بل مقصورة على الانتقام من العامل الذي أحدث الضرر سواء أكان انساناً أم حيواناً أم جاداً

O. W. Holmes, The Common Law, p. 7

الاجتماعى الذى وصل اليه . فالقانون هو المظهر الاجتماعى لأى أمة من الأمم ، يتأثر بمؤثراتها قوة وضعفاً ، وتمتد اليه أسباب حياتها وعوامل فئتها . ففى دراسة تاريخها القانونى دراسة لحالتها الفكرية ، وتتبع لادوار حياتها الاجتماعية .

٣ — وهو مقياس لفضل الشعوب السالفة على الأمم الحديثة . فان تاريخ الانسانية يبرز لنا حقيقة ثابتة ، وهى أن المجتمع الانسانى مدين بقانونه وفقهه الى من تقدمه من الأمم ، وأن القانون لا تبنى مع الزمن مادته ، بل تنتقل من عصر الى عصر ومن شعب الى شعب ، بما ينالها من نماء أو بما يصيبها من تعديل . فهمة التاريخ القانونى أن يبين فضل كل أمة على أخرى فى هذا الميدان العام ، ومقدار المعونة التى قدمها كل شعب من الشعوب الحالية الى أمم العصر الحديث .

٤ — وهو بالنسبة لمصر ذو قيمة خطيرة . فقد كان لها نصيب من أكثر

الشرائع التاريخية الكبرى ، اذ بعد أن كان لمصر فيما مضى نظام قانونى أصيل ، أصبحت الى حد ما خاضعة للقوانين اليونانية^(١) ، وبعد ذلك سادت فيها القوانين الرومانية ، ثم خضعت للشريعة الاسلامية . ومعظم قوانينها الحالية مستعارة من القانون الفرنسى المستمد من القانون الرومانى ، ولا يزال لكثير من الشرائع المصرية المختلفة دائرة من النفوذ فى مصر فوق ما تقدم . ومن المفيد أن نعلم تاريخ هذه الشرائع حتى نحدد مركز مصر من الوجهة القانونية .

— ٢ —

ليس الفرض من هذه المادة بيان التقاليد والقواعد القانونية التى كانت سائدة فى الشعوب الماضية ، وإنما هو دراسة القانون فى مظاهره المختلفة وفى مراحل تطوراتها السابقة ، وبعبارة أخرى درس الأحوال التى نشأت فيها القواعد

(١) انظر دارست — ابحاث تاريخية — الجزء الأول ص. ١٠

القانونية ، و المؤثرات التي بعثت على تهذيبها وانتشارها ، وتتبع الصلة التي تربط الفكرة القانونية في عهدها الأول بها في العصر الحديث . ولا تتناول تفصيل التقاليد القانونية في المصور السابقة الا عرضا وعلى سبيل الاستشهاد وبمقدار ما تقتضيه الضرورة لهذه الدراسة .

وهي على قسمين : — قسم خاص بتاريخ الشرائع القانونية ^(١) ، وقسم خاص بتاريخ النظم أو المبادئ القانونية ^(٢) . فالقسم الأول يبحث في تكوين الشرائع في المصور القديمة وتهذيبها وانتشارها في البلاد ، والقسم الثاني يدرس أصول النظم القانونية التي نشأت في هذه الشرائع والتطورات التي وصلت بها الى حالتها الحاضرة .

وسيكون القسم الأول موضع العناية في هذا الجزء وهو يشتمل خمسة أبحاث :

البحث الأول — بحث عام مقارن في تكون الشرائع القديمة ووسائل تطورها .

البحث الثاني — تكون القانون الروماني وتقدمه وانتشاره في أوروبا ، وهو مايسمى في العصر الحاضر بالشرعية اللاتينية ^(٣)

البحث الثالث — نشأة القانون الأنجليزي وتطوره وانتقاله الى أمريكا الشمالية والمستعمرات البريطانية ، وهو مايسمى بالشرعية الانجلوسكسونية ^(٤) .

Systèmes Juridiques (١)

Institutions Juridiques (٢)

Système Latin (٣)

Système Anglo-saxon (٤)

البحث الرابع — ظهور الشريعة الإسلامية وتهذيبها وانتشارها في البلاد الإسلامية والشرقية^(١) .

البحث الخامس — تاريخ القانون المصرى وسيادة الشرائع المختلفة على مصر في العصور السابقة وفي العصر الحالى .

أما القسم الثانى فهو يتناول تاريخ نظام الأسرة ، ونظام الملكية ، ونظام التعاقد ، ونظام التوريث ، ونظام التقاضى ، ونظام العقوبات^(٢) .

(١) *Système Islamique*

(٢) هذا القسم خارج عن الدراسة في أبحاث هذا الكتاب وسنفرد له جزءا خاصا إن شاء الله :

البحث الاول

نشوء الشرائع وتطورها

بحث عام مقارنة

تمهيد

العصر الحديث

إذا ألقينا نظرة عامة على القوانين الحاضرة في مصر وأوروبا ، وجدنا أن القواعد القانونية موضوعة في نصوص رسمية محدودة وفي مجاميع قانونية ^(١) مرتبة ومقسمة في نسق علمي ، تبين حقوق كل فرد وواجباته ، وتضبط سلوكه ومعاملاته . وكل فرع منها قائم على حدثه في مجموعة خاصة به ، كالقانون المدني والقانون التجاري وقوانين العقوبات والمرافعات .

والى جانب هذه المجموعات القانونية نظام حكومي يقوم بخدمة هذه القوانين ، وذلك بتعديلها واصلاحها ، وتطبيقها وتفسيرها ، وبحمل الناس على احترامها وتنفيذها . وهذا النظام الحكومي مكون من ثلاث سلطات أساسية ، السلطة التشريعية التي تقوم بسن القوانين واصدارها ، والسلطة القضائية التي تتولى تفسير نصوصها وتطبيقها على الحالات الفردية المعروضة عليها ، والسلطة التنفيذية التي تعمل على تنفيذ القوانين والأحكام القضائية على الأفراد رغما عنهم . ويحيط بهذا النظام مبادئ عامة أساسية ، تتلخص في أن كل قانون صادر من الجهة المختصة باصداره يكون ملزما لكل فرد ويجب عليه اتباعه ، وأن كل

حكم قضائي يجب أن يكون بناء على نص قانوني ومتى صدر كذلك وجب احترامه وتنفيذه جبرا على من صدر عليه ، وإن كل عمل إداري يجب أن يكون مطابقا لمبادئ القوانين ونصوصها .

العصر القديم

هذه الحالة التي وصفناها باعتبارها نظام القوانين في العصر الحاضر لم تكن قائمة في جميع العصور التاريخية السالفة ، بل وصلت الى هذه الصورة بعد تطورات سابقة عديدة ستكون موضوع الدراسة المقبلة .

وقد نجد اذا بحثنا في تاريخ الأمم القديمة ذات الشرائع الهامة — كالليونان والرومان — وفي نظمها القانونية التي كانت سائدة في الأزمنة الغابرة ، ان أوضح مظهر وصلت اليه الأبحاث التاريخية منها ، كان في صورة قانون مدون ، مثل قانون « صولون » اليوناني الذي وضع في مبدأ القرن السادس قبل الميلاد ، وقانون « الألواح الاثني عشر » الذي دونه الرومان في منتصف القرن الخامس قبل الميلاد. غير أنه لا شك في أن عهد هذه المجموعات القانونية المدونة ، التي كان اكتشاف فن الكتابة من أهم البواعث على وضعها ، لم يكن العهد الأول من تاريخ الشرائع القديمة ، وأن حوادث تاريخية تقدمت هذا العهد ، وأدوارا أخرى سبقت هذا الدور ، كانت فيها حالة الشرائع في مظاهر غير هذا المظهر ، بل لا بد أن تقدم هذه الأدوار المختلفة عصر كان فيه المجتمع الانساني على حالة فطرية لا يخضع لقانون ولا يسود فيه نظام .

وسندرس في فصول هذا البحث كيف كانت حالة المجتمع الانساني في عصوره الفطرية ، وكيف تكونت في هذا المجتمع فكرة القانون باعتبارها قاعدة ملزمة للناس في سلوكهم ومعاملاتهم ، وتتبع العوامل المختلفة التي ما زالت بهذه الفكرة تنفيذها وتنميتها وتهذيبها من عصر الى عصر ، حتى بلغت بها الى الدور

الأخير ، وهو وضعها في قانون مدون منشور على الناس ، ثم ندرس الوسائل والظروف التي أفضت الى تقدم هذا النظام واتساعه . وبناء على ذلك سيتناول بحثنا في الفصل الأول حالة المجتمع في عصوره الفطرية ، وفي الفصل الثاني نشوء فكرة القانون ومظاهرها المختلفة ، وفي الفصل الثالث وسائل تطور القانون في الأمم القديمة .

الفصل الأول

حالة المجتمع في عصوره الفطرية

- ١ — الحالة الاجتماعية في العصر الفطري ٢ — الحالة القانونية .
٣ — آثارها في المصور التالية .

اتجهت عناية الباحثين في التاريخ القانوني الى استجلاء الحالة الأولى التي كانت عليها الجماعات البشرية في عهدها الفطري ، قبل أن تنشأ فكرة القانون بين الناس ، وقبل أن تخضع نفوسهم لقواعد معينة تحدد سلوكهم وتضبط ما بينهم من العلاقات .

ولا شك أن مثل هذا البحث بما ساعد على إدراك المظاهر الأولى التي برزت بها فكرة القانون في المجتمع الانساني ، وعلى تفهم المبادئ والتقاليد القانونية التي كانت سائدة في كثير من الشعوب القديمة بصورة متشابهة خلال المصور الأولى من مدنيها .

ولن يخلو من الفائدة العلمية أن نتلص على ضوء الدلائل التاريخية التي وصلت إلينا حقيقة تلك الحالة الفطرية من وجهتيها الاجتماعية والقانونية ، وأن نستعرض بعد ذلك بعضا من الآثار العديدة التي تخلفت عن عهد الفطرة فاحتفظت بها الأمم القديمة في قوانينها .

الحالة الاجتماعية

ونبادر بالإشارة من الآن الى أن المعلومات التي وصل اليها المؤرخون في هذا الصدد لا تزال ضئيلة غير كافية للانتهاء بها إلى حكم صحيح عن تلك الحالة ، بل

فتنهى بهم الى غموض والى تضارب في الآراء :

يعتقد البعض منهم أن القبيلة كانت أول خلية اجتماعية وجدت في الجنس البشري ، وانما كانت جمعا من الأفراد ضمتهم المصادفة أو الضرورة للتعاون في ابقاء الاخطار ، دون أن تشملهم صلة عامة أو تربطهم قرابة ، ودون أن يخضعوا لقيد — سوى القوة — في أمورهم ، ولا لضابط في علاقاتهم الجنسية ، بل كانت النساء مشاعا للرجال ، والولد لا ينسب لغير أمه ^(١) . ثم انتقلوا من هذه الحالة الوحشية الى حالة اجتماعية أرقى درجة ، بأن استأثر الرجل بزوجه أو أزواجه ، وضم اليه أخوته وأولاده ، واستقل بعائلته أو عشيرته في أمور حياته ، فخلت جماعة الأسرة محل جماعة القبيلة .

وهذا الرأي يطابق ما ذهبت اليه فئة من الباحثين في طبائع النوع الانساني من أن الجماعات البشرية في أوائل عهدها كانت في حالة اباحية ، ومن أن عهد الزواج الفردى السائد في العصور الحديثة جاء بعد عصر سابق عليه في الانسانية ساد فيه نظام — أو عبارة أدق فوضى — زواج الجماعة ^(٢)

ولكن فريقا راجعا من الباحثين في تاريخ الأجناس البشرية وفي طبائع الانسان ينبذ هذه الفكرة ، التي تضع النوع الانساني في أول عهوده في مرتبة الطبقات الدنيا من النوع الحيواني بل أحط منه مرتبة ، والتي تتجاوز أقصى ما قد

(١) راجع Declaruett في رسالته المنشورة بللمة الفرنسية :

La Justice dans les coutumes primitives, Nouvelle Revue Historique, 1889, p. 155 et s.

وهو يستند على آراء بعض باحثي الالمان وغيرهم مثل بوست Post وبلخوفن Bachofen ، ويستدل على صحة هذا المذهب بقوله ان البسالة الحالية في حرية الاختلاط الجنسي في بعض جهات السلاف ربما كانت من ذكريات ذلك العهد الابلي التاريخي .

(٢) وهو ما يسمى group marriage — راجع Pollock, Notes on Ancient Law,

1920, p. 177.

بلغه الرجال من درجات الوحشية في بدء الحياة الانسانية ^(١).

ويرى هذا الفريق أن الوحدة الاجتماعية الأولى انحصرت على وجه عام في جماعة أضيق دائرة من جماعة الرأي الأول وأمتن اتصالا ، وهي الأسرة ، تربطها صلة الدم وعاطفة القرابة ، وتضم أفرادها فكرة الخضوع والطاعة لأب أو جد واحد ، هو صاحب الكلمة فيهم ، وللتصرف في شؤونهم ، سواء أ كانت هذه الصلة العائلية حقيقية بالتناسل ، أم اعتبارية بتبني الغريب واقتناء الرقيق وحماية النزيل . ثم اتسعت هذه العائرة بمرور الزمن وازدياد النسل حتى صارت عشيرة مكونة من عدة أسر تترجع الى أصل واحد ، ثم تكونت القبيلة — منتقلة كانت في حياتها أم متوطنة — من جمع من العشائر . بحيث يصح القول مع بعض المؤرخين ^(٢) ، بأن الأمم القديمة كانت تعتبر كل أمة منها منتسبة الى أصل مشترك ومنتمية الى جنس واحد . وأن صلة الدم حقيقية أم افتراضية كانت الباعث الفطري والأساس الوحيد لتكوين الجماعات السياسية القديمة .

ويعتمد اصحاب هذا للذهب على دلائل تاريخية متعددة ، منها ما ورد في الكتب العبرية عن بيان العشائر الفطرية التي تكونت كل منها بالتناسل من أصل واحد ^(٣) ، ومنها ما أشارت اليه أساطير اليونان القدماء في وصف حالة

Maine, Early Institutions, p. 64 et s.

(١) راجع في هذا المعنى

Pollock, Notes on Ancient Law, p. 180 et s.

Lang, the Secret of the Totem, cité par Pollock, op. cit., p. 177.

Fowler, the City State, p. 28 et s.

(٢) راجع كتاب الاستاذ Main, p. 186 وكتاب الاستاذ

Comparative Politics, p. 103.

(٣) من ذلك عنبرتا يعقوب وعيسو ولدى اسحاق ، وقد تكون من كل منها شعب كامل . راجع العهد القديم من الكتاب المقدس الذي نشرته جمعية للتوراة البريطانية — سفر التكوين — الاصحاح الخامس والعشرين وما بعده .

الشعوب التي كانت تعتبر أقل من بلادهم مدنية وأقرب منها الى العهد الأول^(١)، ومنها الأقوال الماثورة عن فلاسفة الزمن الفار من أن الأسرة كانت الأساس الأول الذي قامت عليه الجماعات في القديم^(٢)، ومنها على الأخص الآثار الفطرية العديدة التي بقيت في أنظمة القبائل الآرية والسامية^(٣) بعد أن تقدمت مراحل بعيدة عن الحالة الانسانية الأولى، والتي تدل بجلاء على الوضع العائلي الذي انتظمت فيه المجتمعات في حالة الفطرة.

— ٢ —

الحالة القانونية

فاذا نظرنا الى هذه الجماعة الفطرية من الوجهة القانونية، لنقف على الأسلوب الذي كانت تحدد به صلاحها وعلاقتها فيما بين أفرادها من جهة، وفيما بينها وبين الجماعات أو العشائر الأخرى من جهة ثانية، وجدنا أنها قائمة على فكرتين: كلمة رب الأسرة أو العشيرة بين أفرادها، ومجرد القوة في صلاحها الخارجية.

ففي دائرة الجماعة يخضع أعضاؤها مع من يلحق بهم من الرقيق والخدم والنزير لسلطة رب الأسرة أو رئيس العشيرة، وهي سلطة مطلقة تمتد الى أرواحهم وأموالهم، وهو فوق ذلك يدير شئون الاسرة، ويتولى أمورهم أمام الجماعات الأخرى فيطالب بحقوقها ويوفى بمسئولها، ثم هو الذي يقضى بين

(١) أبيات الشاعر اليوناني هومر في الاوديسة عن أهل جزيرة صقلية القدماء: «ليس لهم مجالس للشورى ولا أحكام الهية themistes»، وليس لاحد اعتبار في نظر الآخر ويتولى كل منهم الحكم على أزواجه وأولاده».

(٢) قال بذلك أرسطو الفيلسوف اليوناني واستشهد به كل من الاساذين بولوك وفولر السابق ذكرهما.

(٣) سيأتي ذكر بعضها فيما بعد.

الحاضرين لسلطنته بما يشاء عدلا كانت مشيئته أم عسفا ، فكلتمته هي قانون الأسرة .

أما خارج دائرة العشيرة — أى بالنسبة لصلاتها مع العشائر الأخرى — فلا حكم إلا للقوة ، ولا يعترف بحق الغريب عن الأسرة ، بل هو عدو « يحل قتله كما يحل قتل الوحش الضارى » ^(١) ، لذلك لم يكن الاعتداء على شخص الغير أو على ماله جريمة ، ولا يجز على صاحبه وزرا ولا عارا ، بل كان السلب مسلكا شريفا ، والاغارة مبعثا للفخر ، والانتقام واجبا تحتتمه المروءة .

كانت كل عشيرة كتلة واحدة مستقلة عن الأخرى ، بحيث أن ذوات الأشخاص فيها تفتى في ذات عشيرتهم ، فبينما وحدة المجتمع في العصور الحديثة هي الفرد مستقلا بحقوقه وبمسئوليياته ، فان وحدة المجتمع في العصور الأولى كانت الأسرة أو العشيرة ، تتولى حراسة أعضائها وأموالهم والأخذ بثأرهم ، وتحمل نتائج أعمالهم . ولذلك يعيشون على تضامن كامل أبدى في الحق وفي الواجب أمام العشائر الأخرى ، لكل منهم أن يطالب بحق أخيه أو بثأره ، وعلى كل منهم تقع مسئولية أخيه أو تبعه جرمه .

قلنا أن الحكم للقوة في علاقات الأسر والعشائر المختلفة ، فالقوة هي التي تحسم كل نزاع بينها مهما كان نوعه ، وهي التي تحمى الحق بل تخلقه ، لأن تقدير الحق أو الواجب مبنى على قوة الخصم أو ضعفه ، دون التفريق في ذلك بين أمر مدنى وأمر جنائى ^(٢) ، بل كان كل اعتداء على حق جريمة ، لأنه اهانة لصاحبه شأنه شأن الاعتداء على النفس أو على المال ، يدفع المعتدى عليه وعشيرته الى الانتقام ، والانتقام اذا بدأ فلا يعرف له حدا ، وقد ينتهى الى حرب لارحمة فيها .

Maine, Early Institutions, p. 64. (١)

Declaruett, op cit., p. 164 (٢)

هذه الحالة الخلقية كانت تتفق مع معيشة القوم وعقليتهم في حياة لا تعرف لها من ضابط غير القوة ، إذ أن كل عشيرة في عزلة عن الأخرى وليس لديها من الوسائل لبقائها سوى الاعتماد على النفس والأهل ، وهذه الوسيلة وتلك العزلة تستازمان نشاطا مهما تنوعت مظاهره ومهما اشتد عنفه فهو أمر طبيعي مادام حافظا لوجودهم ورافعا لشأنهم .

فلم يكن للعدالة في تلك العصور الفطرية من أساس خلقى ، بل كانت قائمة على المصلحة المادية المعززة بالقوة ، يقتص بها الخصم من خصمه ، وينال بها من أموال عدوه ما يراه عوضا عما أصابه . غير أن هذه المصلحة المادية قد تقضى على الخصمين بدمم الالتجاء الى القوة ، سواء للأخذ بالتأثر من المعتدى وعشيرته ، أو لرد انتقام المعتدى عليه وعشيرته ، خوفا من الهزيمة أو اجتنابا للحرب ، فتلجأ عشيرة المعتدى أحيانا الى التخلي عنه أو الى تسليمه لأهل المصاب بدلا من المقاومة ، وتكتفى عشيرة المعتدى عليه أحيانا بالصلح على تعويض أو دية بدلا من أخذ الثأر أو الحرب .

وهنا نصل الى خطوة جديدة ارتقت بها الجماعات الفطرية عن المستوى الوحشى الأول ، ودفعتها اليها الطبيعة البشرية ، وهى الالتجاء الى التحكم فى النزاع بين العشائر ، فقد يكون التصالح بين الخصمين دون واسطة ، خشية القوة الفاشمة واتقاء للحرب ، وقد يكون التصالح بناء على تدخل وسيط ونصحه لهما بالتزام السلم ، واتهى التدرج الى فكرة الاحتكام الى ثالث يرجع اليه الخصمان للفصل بينهما فى الأمر ، فحل الحكم محل الوسيط ، وألف الناس الاحتكام فى أغلب الأحوال الى شيوخ العشائر ورؤسائها ^(١) .

Maspero, Histoire Ancienne des Peuples de l'Orient, p. 495. (١)
ونجد مثل ذلك فى القبائل العربية الآن .

ثم تنوعت طرق التحكيم بين الناس بما يتفق مع عقليتهم ودرجة تفكيرهم، كالاتكلم الى مهارة الخصمين الفنية^(١)، أو الى مجرد المصادفة^(٢)، لفصل النزاع غير أن هذه الخطوة الجديدة لم تغير من طبيعة الاسلوب الفطرى في تحديد الصلات الاجتماعية، فلا زال الأمر للقوة، وانما خفت وطأتها ونظم استعمالها نوعا ما، ولكنها بقيت الملجأ الأخير اذا لم يرض أحد الخصمين بنتيجة التحكيم. وصارت جهة الاستئناف العليا يرجع اليها الخصم لفض النزاع مع خصمه.

هذه الحالة التى تقوم على الصلة العائلية، وتسود فيها القوة دون الحق، نشأت بطبيعة الأمور فى كل شعب قديم، فهى حالة شاملة عامة على الجماعات الفطرية، عدا جماعات شاذة. ومن الخطأ أن يظن أن الأمم القديمة اختلفت حالتها الاجتماعية الأولى باختلاف اجناسها، بل كانت جميعا فى نشأتها وفى بدء نموها تواجه ظروفًا أو أخطارا متماثلة، فاهتدت فى معالجتها أو اتقائها الى أساليب متماثلة، أوحى بها مجرد الفطرة وبمث عليها الحرص على النفس والأهل، فتأصلت فى القلوب الى درجة صمب معها اقتلاعها رغم تطور المجتمع وارتقاء التفكير وتهذيب النفوس، حتى بقيت آثار منها خطيرة فى نظم المصور التى

(١) Declaruelli, op. cit. — يستفاد من بعض الاشعار اليونانية للتجاء الخصمين الى مساجلات غنائية يكون النصر فيها صاحب الحق.

وكذلك تشير الاساطير المسماة Kddas المأثورة عن القبائل الجرمانية القديمة والتى لم تدور الا حوالى القرن الحادى عشر، الى مساجلات شمرية قد تنتهى بقتل المهزوم فيها. وتأيدا لهذه الفكرة ورد فى كتاب مبادئ الاجتماع Prince de soc. للعالم هريوت سينير جزء ٤ صفحة ٢٣؛ أن المتمدن عليه فى « جريتلاند » قد يطلب خصمه الى معركة غنائية ومن يبق أخيرا يكسب الدعوى.

(٢) من ذلك ما رواه المؤرخ Strabon وأشار اليه Delarueil بأن بعض قبائل الفول كان الخصمان يمرضان قطعا من هجين الحبز فى مكان معين، حتى اذا جابها اليها غرابل من لود خاص وأكلا احدى الفطمتين فصاحب اللقطة الباقية هو صاحب الحق.

تلت ذلك العصر الفطرى وحتى صارت جزءا من تقاليدها ومبادئها القانونية .

أماها فى العصور التالية

ولنأت الان بيمض هذه الآثار فى قوانين الامم القديمة أو المتأخرة ، وهى تقاليد لا يمكن تفسيرها الا بأنها من بقايا الوضع العائلى الأول وحكم القوة الفطرى ، وهى فى ذاتها دلائل على حالة المجتمع فى عصوره الأولى .
فمن الآثار التى تخلفت عن حالة الأسرة الفطرية : السلطة الأبوية ، وعبادة الأجداد ، والتضامن العائلى فى بعض الحقوق والواجبات .

وقد كانت السلطة الأبوية ^(١) نظاما عاما فى أكثر الشرائع القديمة وان اختلف مداها باختلاف حالة كل شعب ، كما فى شعوب الرومان واليونان ^(٢) والهند وقبائل الجرمان ^(٣) ومصر ^(٤) . وتمتاز شريعة الرومان بأنها تقدم لنا مثلا من النظام العائلى والسلطة الابوية هو أكبر وضوحا وأعق أثر منه فى أية أمة أخرى ، وقد كانت سلطة رب الأسرة الرومانية فى العهد القديم مطلقة تتناول أموال أعضائها وارواحهم ، ثم خفت بالتدريج وطأتها حتى انتهت الى الاعتراف بالشخصية القانونية للابن أمام أبيه وللزوجة بجانب زوجها ، ولكن هذه السلطة كانت شد متصلة فى نفوس الرومان حتى استنفدت نحو ألف عام لاستئصالها .

وعادة الأجداد ^(٥) من أقدم انواع العبادات الفطرية ، استمرت باقية فى

(١) Patria potestas

(٢) Lee, Historical Jurisprudence ص ١٨٣ .

(٣) Maine, Ancient Law ص ١٤٢ .

(٤) شرح القانون المدنى للاستاذ صادق بك فهمى ، للقصة ص ١٢٢ .

(٥) Culte des Ancêtres

كثير من الشعوب بعد أن قطعت جزءا من مراحل التقدم الاجتماعى ، ذلك كان شأنها فى اليونان وروما وفى الهند ^(١) ومصر ^(٢) ، وهى تبين لنا ما بلغه الأب أو الجد من السلطان على أفراد أسرته أثناء حياته ، ومن الاحترام فى نفوسهم احتراماً يصح تقديساً له وعبادة بعد وفاته .

أما التضامن العائلى ^(٣) ، وهو الذى يحمل الأسرة كتلة واحدة إيجاباً وسلباً ، يشترك جميع أعضائها فى الحقوق ويلتزم كل منهم بمسئولية الآخر ، فقد بقيت بعض مظاهره فى كثير من الشرائع القديمة . من ذلك فى التضامن الإيجابى أن المطالبة بالقصاص من القاتل أو بدية القتل كانت لأهل القتل وأولياء دمه ، كما كان ذلك فى اليونان وبلاد الاسكندناف ^(٤) وفى قبائل عرب الجاهلية ، وأن الخاضعين لسلطة رب الأسرة فى روما ، وهم الذين يمدون فى البائرة الأولى من الورثة ^(٥) تؤول تركته الى ملكيتهم بمجرد وفاته دون استلزام صدور القبول منهم ، وقد كانوا يسمون « ورثة أنفسهم » ^(٦) وكانهم شركاء رب الأسرة فى ماله أثناء حياته .

ومن ذلك فى التضامن السلبى أن المسئولية عن الدية واقعة على عشيرة القاتل لا عليه وحده ^(٧) ، وأن المدين فى اليونان قبل قانون « صولون » كان عليه أن يسلم الى المائن زوجته وأولاده وفاء لدينه والا استعبده ^(٨) ، وان ورثة المدين عند

(١) Notes, Pollock ص ١٧٧ .

(٢) Etudes Historiques Dareste جزء أول ص ٢ .

(٣) Solidarité Familiale

(٤) Declarnel, op. cit. ص ١٧٢ .

(٥) وهم دائرة المنزل domus .

(٦) heredes sui — راجع جيرارد Girard, Droit Romain ص ٢٧٢ ، ٨٢٨ .

(٧) وكذلك فى عهد الجاهلية عند العرب — تاريخ التشريع الاسلامى للخضرى بك ص ٥٦ .

(٨) Declarnel, op. Cit. صفحة ١٨١ هامش ١ .

الرومان القدماء مسئولون عن جميع ديونه ولو فاقت قيمة التركة ^(١).

بقى علينا أن نشير الى بقايا حكم القوة ، حيث يقتصر المعتدى عليه نفسه أو عشيرته من الجاني ويأخذ الخصم بيده ما يزعمه من حق على خصمه ، فقد تخلفت عنه آثار عديدة في الشرائع للماضية ، ولا زال بعضها باقيا في بعض قبائل المصر الحديث . أما في الشرائع للماضية فإن القصاص والدية والتخلى عن المجرم واسترقاق المدين وارتهان أمواله والمبارزة ، كلها نظم قانونية من بقايا المصور الفطرية .

فالقصاص ^(٢) هو الأذى الذى يصيب المجرم بمثل ما اعتدى ، فإن كان قتلا قتل وإن كان جرحا جرح . وهو انتقام فردى يتولاه المجنى عليه أو عشيرته على الجاني وعشيرته ، ولكنه انتقام منظم محدود حتى لا يؤدي الى خطر الحروب بين القبائل كما كان شأنه في المصور الفطرية . وقد ازداد هذا الخطر وضوحا في المجتمع بازدياد نفوذ السلطة الحاكمة أو بنمو العاطفة الدينية ، فوضعت حدودا يقف عندها الانتقام الفردي ، ومن هذه الحدود مبدأ القصاص الذى يقضى بأن يكون الثأر على قدر الجرم ، عين بعين وسن بسن . وهو ما نجده في الشرائع العبرية واليونانية والجرمانية والرومانية القديمة ^(٣)

ونظام الدية ^(٤) هو أن يدفع الجاني أو عشيرته مبلغا من المال لعشيرة المجنى عليه تمنا لانتقامه وتهدة لثأره غضبه واقتداء من عدوانه ، ويقبله المجنى عليه

(١) جيار من ٨٣٩ .

(٢) la loi du talion

(٣) كان للقانون الروماني يترك المجنى عليه في جريمة فصل أحد أعضائه حق القصاص بنفسه من الجاني — راجع مبادئ القانون الروماني — ١٩٣١ ص ٢٢٥ ؛ ونظام القصاص قائم في الشريعة الاسلامية ، وكان محتفظا به في القانون الجنائي الصادر في سنة ١٨٥٨ مادة ١٧١ ، وبمضى آثاره في القانون الجنائي المصري المختلط الصادر في سنة ١٨٧٥ مادة ٢١١ Wergeld, Composition. (٤) وقد كان سائدا في الشعوب الهندية والرومانية والجرمانية والعربية .

أو عشيرته اكتفاء عن الاقتصاص لنفسه وعن المخاطرات بالحرب مع عشيرة الجاني . ولم تكن الدية في مبدأ أمرها الا وسيلة اختيارية لمرء استعمال القوة بين الخصمين ، وعلاجاً وقتياً لعلاج الحرب بين المشيرتين ، فاذا لم يقبل الجاني دفع الدية وثوقاً بقوته في مقاومة المجنى عليه ، أو اذا لم يرض الأخير بالدية حرصاً منه على الاخذ بثأره ^(١) ، عادت الحال الى فطرتها وصار الحكم للقوة . فلما قوى نفوذ السلطة العامة من جهة ، وثبت في الرأي العام وجوب انتقاء العنف والاضطراب من جهة أخرى ، تحددت مبالغ الدية عن الجرائم بحيث أصبح الجاني ملزماً بدفعها والمجنى عليه ملزماً بقبولها بدلاً عن الثأر ^(٢)

ونظام التخلي عن المجرم ^(٣) مثل واضح من آثار الانتقام الشخصي ، وهو ان تسلم الأسرة أو العشيرة المعتدى من أعضائها — سواء أكان ولداً أم رقيقاً أم نزيلاً — الى المجنى عليه اذا لم تشأ دفع دية جريمته أو تحمل مسئولية اعتدائه ، وبذلك يترك المعتدى تحت رحمة صاحب الحق يقتص منه بما يرضى عاطفته .

بل لم يكن هذا النظام مقصوراً على الانسان المعتدى ، وانما كان في بعض الشرائع القديمة شاملاً لما أصاب الغير بأذى ولو كان حيواناً أو جحاشاً ، لأن حكم القوة أو الانتقام لا عقل له . فاذا أصابت دابة شخصاً بضرر عند الرومان وجب على صاحبها تعويض المصاب أو ترك الدابة اليه ^(٤) ، واذا هدد منزل الجار جاره بالسقوط وجب على مالكة اتخاذ التدابير لمنع الضرر من الوقوع أو التعهد

(١) مبادئ القانون الروماني ص ٢٢٧ .

(٢) وهذا هو الهدم المسمى بهد الدية الاجبارية أو القانونية Composition légale .

(٣) ويسمى عند الرومان abandon noxal ، ومعناه التخلي عن مصدر الضرر ، ويطلق عليه عند العرب الجاهلية اسم الخلع ، فقبيلة الجاني مسئولة عن جريمته الا اذا خلعت في التجمعات العامة - انظر الحضري بك ؛ تاريخ التشريع الاسلامي ص ٥٦ .

(٤) Cng. Institutions Juridiques des Romains, p. 598. (٤)

بتعويضه اذا وقع والا قرر القاضى تسليم المنزل الى الجار المهدد^(١) ، واذا قتل فرد بسلاح عند قدماء الانجليز وجب تسليم هذا « السلاح اللعين » الى أهل القتل^(٢) .

ونظام استرقاق المدين اذا عجز أو امتنع عن الوفاء بدينه ، كما كان عند الرومان واليونان ، ونظام استيفاء الدين من أمواله دون تدخل من القاضى أو اللجوء الى استصدار حكم منه بالدين^(٣) ، أتران من آثار حكم القوة فى العهد الفطرى ، يخولان لصاحب الحق أن يستخلم مدينه ، أو يستولى على ماله أو يبيعه وفاء لدينه ، أو يقتله لحرمانه من حقه^(٤) ، ارضاء لشهوة نفسه وأخذاً لحقه بيده . ونظام المبارزة^(٥) ، الذى كان سائداً فى بعض الشعوب القديمة وفى كثير من أمم القرون الوسطى ، هو البقية السليمة لقانون الجماعات فى العهد الفطرى ، وهو التجاء صريح الى حكم القوة لفض النزاع — مدنياً كان أو جنائياً — بين الخصمين ، ومن كان النصر حليفه كان الحق فى جانبه . فالمبارزة انما هى حرب بين طرفى النزاع ، غير أنها حرب مقيدة ، أصبحت مقصورة على الخصمين ، بعد أن كانت فى الجماعات الفطرية عامة على العشيرتين . نجد هذه الصورة واضحة فى

(١) Girard, Droit Romain, p. 306 طبعة ١٨٩٨ .

(٢) Holmes, Common Law, p. 7 ، وهو يرى أن هذا المبدأ أصل النظام الحديث القاضى بمصادرة الآلة التى استعملت فى الجريمة ولو كانت ملكاً لغير الجانى ، بعد أن حلت الدولة محل الجنى عليه فى طلب العقاب .

(٣) وقد كان هذا النظام متبياً عند الرومان فى عهد قانون الاالواح ، واسمه Pignoris capio ، وانما صار فى هذا العهد مقصوراً على فريق من الديون للتأذية مثل مرتبات الجنود والضرائب والديون المخصصة لفرض دينى — راجع جيرارد طبعة ١٨٩٨ ص ٩٥٥ .

(٤) جيرارد ص ٩٦٠ وهامش ١ ، وقد ورد نص فى قانون الاالواح الرومانية وكذلك فى قوانين الاسكندناف بأنه اذا تسدد الدائنون كان لهم الحق فى اقتسام اشلاء المدين عند قتله .

(٥) duel, battle. (٥)

نظم الشعوب القديمة ، في تقاليد أهل «ايسلندا» اذا تنازع شحصان من أجل امرأة أو قطعة أرض احتكما الى السلاح وصاحب الحق منهما هو الغالب ، وفي قوانين «ايرلندا» القديمة كانت المبارزة بين الخصمين اسلوب الفصل في أى نوع من انواع النزاع متى اتفقا على ذلك ومتى وقعت بحضور شهود وبعد دعوة أسرة المدعى عليه^(١) .

فإذا تتبعنا هذا النظام في خطواته بعد ذلك وقفنا على ما أصابه من التطور والتهديب ، وعلى ما تركه من أثر في المصور الوسطى والحديثة . فقد كانت المبارزة بين الخصمين حرة طليقة من تدخل قاض أو حكم ، لحدائثة عهدها بالحالة الفطرية ، ثم تدرجت فصارت معركة قضائية تقع فعلا بين طرفي الخصومة أمام القاضي ينظم أساليبها ويقضى لصالح المنتصر فيها^(٢) . ولما تهذبت النفوس وتحجرت من عواطف الفطرة ، أصبحت المبارزة معركة صورية يأخذ فيها كل من المتنازعين أهبة للززال ويتظاهر باشهار سلاحه على خصمه ، وذلك في عبارات وإشارات رسمية محدودة يؤديها أمام القاضي قبل أن يبدأ في نظر الدعوى ، وإذا اخطأ أحدهما في تأديتها خسر دعواه ولو كان العدل في جانبه ، فخلت الرسميات محل المعركة . وهذه الصورة الأخيرة هي التي تراها في اجراءات التقاضى عند الرومان في عصر الألواح الاثني عشر^(٣) ، قبل ان تتطور في المصور التالية حتى تصل الى صورة مماثلة لدعاوى العصر الحديث .

(١) Declarueil المرجع السابق . ص ١٧٧ والوثائق التي يشير اليها .

(٢) combat judiciaire — ولا بأس من الإشارة هنا الى ما يقوله به بعض الباحثين من أن الوصى على المرأة أو الصبي عند الرومان كانت وظيفته في القديم القيام بالدفاع المادى عن مصالح المرأة أو القاصر لمعجزهما الجسماني عن المراك والمبارزة ، ولذلك قال اسم الوصى tuteur يفيد معنى المدافع أو المحامي défenseur — راجع Huvelin, Cours de Droit Romain, p. 845

(٣) Huvelin, op. cit., p 164

ولما سادت التقاليد الجرمانية في أوروبا خلال القرون الوسطى ، وتغلب فيها النظام الاقطاعي بما شمله من فروسية وشجاعة ، عادت المبارزة الحقيقية وسيلة قضائية للفصل في النزاع بين الخصمين ^(١) . ولم يقض على نظامها الا بعد أن قضى على نفوذ النبلاء واستقرت السلطة العامة في أيدي الملوك واستبدل نظام المحلفين بالمبارزة ، بل بقي نظامها نظريا في إنجلترا الى العصور الحديثة ولم يصدر قانون بالغائه الا في أوائل القرن التاسع عشر ^(٢) .

ولا زالت عناصر الدعوى والدفاع في العصر الحديث تحمل في أسسها أثر الأسلوب الفطري ^(٣) ، وتم عن صلة الشبه بين الماضي والحاضر . غير أن الفارق جوهرى ، فقديما كان الحق وليد تبادل الطعنات ، واليوم أصبح الحق وليد تبادل الكلمات ، ولذلك لم يعدم العصر الحديث من بين مفكريه من يتهكم بمدالة القانون ويتغنى بمدالة السيف ^(٤) .

(١) Bemein, Histoire du droit français, p. 260 راجع

Jenks, Short History of English Law, p. 47.

(٢) Deans, legal History, p. 83 انظر

(٣) فالدعوى يطبق عليها لفظ action وفيها معنى النشاط الحربى ، والدعى عليه يسمى المدافع défenseur ، ومرافعة أحد الطرفين تسمى الدفاع défense ، اشارة الى الحركة القضائية فى العصور السالفة .

(٤) "Elle avait sur la légalité actuelle l'avantage de n'être jamais ridicule, parce qu'elle avait toujours raison". Declarueil, op. cit., p. 190.

الفصل الثانى

نَسْءُ فِكْرَةِ الْقَانُونِ وَصُورُهَا الْمُخْتَلِفَةُ

- ١ — الأحكام الآلهية ، (٢) — التقاليد العرفية ، ٣ — القوانين المدونة .
٤ — مقارنة بين الشرق والغرب .

— ١ —

الأُطْطَامُ التَّارِيخِيَّةُ

المصادر التاريخية

لما تكونت الجماعات السياسية كل منها من عدة أسر أو عشائر ، ونشأت المدينة وحدة سياسية — كالدولة في العصر الحديث — بدلا من العشيرة ، وتمكنت فيها السلطة لملك أو أمير ، كما حدث في البلاد المصرية واليونانية والرومانية القديمة . ومن جهة أخرى لما اتخذت العقائد الدينية — وثنية كانت أو سماوية — سبيلا الى النفوس ، وأحدثت فيها أثرها من التهذيب ، وأفسحت فيها مكانا للفضيلة والمعاني الخلقية ، ومنها معنى العدل أو الحق . عند ذلك نشأت فكرة القانون مستقلة عن القوة وعن المصلحة المادية .

وقد كانت أكثر الشرائع في الأمم القديمة كما سبق القول متشابهة في نظمها ومبادئها عند نشوئها ، وفي الأدوار التي مرت بها والتي دعت اليها حاجات التقدم الاجتماعى في تلك الأمم . غير أنه لم يصل الى علم الباحثين في تاريخ القانون من الأدلة والآثار ما يصح الاعتماد عليه أو الوثوق به في بيان حالة العهد الأول الذى تكونت فيه فكرة القانون في المجتمع . وقد فأت علماء الفقه المتقدمون بحث الآثار والمشاهدات المادية المؤدية الى الحقائق التاريخية ، ووجدوا غنى عن ذلك فى اعتناق المذاهب النظرية التى كانت عندهم أساسا لتكوين القاعدة القانونية الملزمة

لأفراد الهيئة الاجتماعية ، مثل نظرية القانون الطبيعي ومذهب العقد الاجتماعي ، تلك المذاهب الفلسفية التي كانت عاملا خطيرا في تطور التشريع الحديث ، بقدر ما كانت سببا في غموض حالة القانون القديم ^(١) .

ولذلك فإن المصادر القديمة التي يمكن الاستناد عليها في هذا البحث تكاد تنحصر في الاشعار اليونانية القديمة وأهمها أشعار « هوميروس » ، وفي كتب بني اسرائيل ، وفي بعض الآثار التي تخلفت عن القبائل الصليبية أو الايرلندية الغابرة ، والتي اكتشفت عن قدماء المصريين . وفي هذه المصادر نجد بيانا عن فكرة القانون في أصل نشأتها ، معززا في بعض الأحيان بأقوال المؤرخين القدماء الذين تناولوا دراسة الشعوب السالفة ^(٢) .

وان يكن في أشعار « هوميروس » ^(٣) . كثير من الأساطير الخرافية عن قوى

(١) Maine, Ancient Law, p. 8.

(٢) مثل سترابون Strabon و سيزار César و ديدودور الصقلي Diodore de Sicile

وهيرودوت Herodote

(٣) أم ماوضه هوميروس من المنظومات هما الالياذة والاوديسية Illiade, Odyssée.

فالقصة الاولى عن الحرب بين الافريق وبلاد الطرواد ، واعتزال اخيل عنقرة الافريق للقتال غضبا من أغا ممنون زعيم الوغماء الذي انتزع منه فتاة جميلة كانت قد وقعت في نصيبه من بين السبايا ، ثم اشتراكه أخيرا في الحملة على الطرواد وبطشه بهم . واسم القصة نسبة يونانية الى اليون طاصة بلاد الطرواد . والقصة الثانية موضوعها رحلة الملك « أوديس » أثناء عودته الى بلاده پسد انتهاء حرب طروادة ، والتدابير التي اتخذها هو وابنه للقرب على أيدي البغاة الذين سموا في تبديد ثروته وتقويض دعاتم ملكه أثناء غيابه ، ثم وصف انتقامه منهم واستقراره في ملكه بإيثاكة في الارخبيل اليوناني .

أما عن تاريخ عهد هوميروس قال المؤرخين يختلفون في تحديده بين بدء القرن الثاني عشر والقرن السابع قبل الميلاد ، وأقرب رواية الى الصحة قول المؤرخ القديم هيرودوت بأن هوميروس قدس بلوبمات سنة ، وعلى ذلك يكون زمن نبوغه في خاتمة القرن العاشر أو بدء القرن التاسع قبل الميلاد ، لأن مولد هيرودوت كان في أوائل القرن الخامس قبل الميلاد .

الآلهة ، ومن المبالغة في وصف الوقائع الحربية وبسالة للولوك والقواد ، فانه لا محل للاعتقاد فيها بمبالغة أو تحريف في بيان الافكار الاجتماعية والمعتقدات الدينية التي كانت سائدة في ذلك العصر ، ولذلك يعتبرها المؤرخون وصفا صادقا للحالة القانونية .

صورة القانون الاول

يؤخذ من المصادر التاريخية المتقدمة، وعلى الاخص من الياذة «هوميروس» وكتاب بنى اسرائيل ، أن الفكرة الاولى التي تتصل بما نسميه الآن قانونا كانت تنحصر في صورة حكم آلهى ، يوحى به الى الملك أو الحاكم أو القاضى عند الفصل فى النزاع المرفوع اليه ، فينطق به بصفته الهاما . فالقانون لم يكن الا ارادة الهية تصدر فى كل قضية على حدها ، ولا تصدر الا على لسان أفراد من فئة خاصة تمتاز بانصالحها بالآلهة ، وبالقدرة على تعرف مشيئتهم وتلقى أحكامهم ، ومن هذا جاءت قوة أثرها فى النفوس . وكان لهذه الاحكام الالهية التي تصدر فى القضايا أسماء

ويؤيد ذلك مؤرخو الرومان الذين أجمعوا على أن هوميروس نبغ قبل بناء رومه (فى ٧٥٣ ق م) بقرن ونصف ، فكأنه كان ماصرا لثانى ملوك الدولة الخامسة والمشرقي فى مصر ، وكان بينه وبين دمار اليونان التي سبى الياذة باسمها نحو من أربعمائة سنة وهو المهد الذي وصفه بهذه القصة .

وأما كلمة « هوميروس » فهي لقب لقب به فى حياته ، والمؤرخين اقوال مختلفة فى معنى هذا اللقب وحكمته ، منها أنه « الأسير » لوقوعه فى الأسر فى احدى الحروب ، ومنها أنه « الخطيب » أو المتكلم فى المجلس ، ومنها أنه « كفيف البصر » لفقد هذه الحاسة قبل أن يتجاوز سن شبابه بعد أن رحل فى أسفاره من أزمير التي ولد فيها ، وهو القول الأرجح . راجع ديباجة سليمان البستاني لكتابه « الياذة هوميروس - معربة نظما » ، مطبعة الهلال سنة ١٩٠٤ صفحات ٩ ، ١١ ، ١٩ ، ٢٩ ، ٣٤ . على أن شخصية « هوميروس » للشاعر مختلف فى وجودها ، إذ يرى بعضهم أن الاشعار الهوميرية لم تكن كلها صنع شخص واحد بل صنع عشرة أو قبيلة يطلق عليها اسم هوميريدى Homeridae نسبة الى جدّها أو مبيودها هومير - راجع فى ذلك نظرية Grote فى كتاب Maine, Early Law and Custom ص ١٤

أسماء خاصة عند اليونان وعند الاسرائيليين وعند الايرلنديين تفيد في ألفاظها معنى آلهيا ^(١) .

كذلك كان اعتقاد الناس خلال المصور الأولى . وذلك لأن الجماعات البشرية في حالة الفطرة كانت تنسب كل حادث من الحوادث الطبيعية الى عامل آلهى أى الى اله خاص وظيفته أن يتولى القيام بهذا الحادث ، فكانت العواصف موكولا بانارتها الى اله خاص ، وكانت الشمس في طلوعها وسيرها في الأفق وغروبها تعتبر شخصا آلهيا ، والأرض بما تلد من المخلوقات وما تنبت من الأشجار والثمار شخصا آلهيا . وكذلك كان الحال في الحوادث المعنوية ، كالحكمة والجمال ، كل منها موكول أمره الى اله خاص . فكان عند المصريين للعدل آلهة تسمى « مآت » ^(٢) كهنتها القضاة يقدمون لها فروض العبادة وتمنحهم المونة في قضائهم . وكان عند اليونان للعدل آلهة توحى بحكمها الى الملك عند نظره فيما يرفع اليه من القضايا والمنازعات ، وكانت هذه الآلهة تسمى « ثيميس » ، ثم أصبحت هذه الكلمة تطلق على الأحكام الملزمة الى الملك ^(٣) .

هذه الصفة الآلهية كانت قائمة عند اليهود للقضاء في دعاويهم اذ كان الحكم وحيا صادرا من الاله على لسان رسوله موسى عليه السلام أو لسان شيوخ بنى اسرائيل المنتدبين من قبله للقضاء ، كما جاء المتقاضون يلتمسون الوحي الفاصل

(١) كان يبر عنها عند اليونان بكلمة ثيميس Themistes نسبة الى الهة العدل ثيميس Themis وعند اليهود بكلمة Oracle أى الوحي وعند الايرلنديين بكلمة dooms وفيها معنى القضاء الالهى .

(٢) Maat, Déesse de la Justice — انظر جاك بيرين جزء ١ ص ٢٢١ ، ٢٢٣ .

(٣) البياضة هوميروس — الأناشوفة الأولى ٢٣٧ — ٢٣٩ ، مين ، المرجع السابق ص ٣ .

في قضايام^(١) . وقبل عهد موسى كان الكهنة في بني اسرائيل اذا عرضت عليهم قضية يتصلون بالآلهة ويحركون تماثيلهم فيجيبونهم في اشارات خاصة بالحكم الواجب النطق به^(٢) . ويقول بعض الباحثين ان الأسلوب الأخير مستمد من نظام القضاة في مصر القديمة حيث كان تمثال الاله يصدر الحكم ، بواسطة الكهنة ، بتحريك ذراعيه أو رأسه^(٣) .

تلك الفكرة ذاتها نجدها في القبائل الصلتية في ايرلندا وفي تقاليدها القديمة^(٤) ، فقد كان فريق من الكهنة ينتحلون ملكة السحر والصلة بالآلهة ، ويتولون بهذه الصفة القضاء بين الناس واستلزام الأحكام ، وللقضاة منهم اسم خاص^(٥) أصبح يطلق بعد ذلك على طبقة رجال القانون عند ما تبددت الخرافات وتحورت منها القواعد القانونية وتهذبت على أيديهم^(٦) . وكان في قبائل الجول الصلتية في أوروبا طائفة مماثلة يجمعون بين الوظيفة الدينية والوظيفة القضائية ويعترفون الطب والسحر ويدعون أن أحكامهم ملهمة من مصدر آلهي^(٧) .

(١) التوراة — سفر الخروج Exodus اصحاح ١٨ ن ١٣ — ٢٧ واصحاح ٢٣ ن ١٧ — ٢٢ .

(٢) Lambert, Fonction du Droit Civil Comparé, p. 225 et s. (٢)

(٣) ريفيو — وجيز القانون المصري جز ١٠ ص ١٣٥ وما بعدها .

(٤) يطلق على القانون الايرلندي القديم اسم Brehons Mor جمعت قواعده حوالى القرن الخامس بعد الميلاد عقب دخول المسيحية في ايرلندا وانتشار فن الكتابة أثر ذلك ولكنها تصل بهد أقدم ، وقد ندرتها الحكومة الانجليزية في خلال القرن التاسع عشر ، راجع لاميير ، المرجع السابق ، وكذلك Maine, Early Institutions, p. 843 .

(٥) Brehons .

(٦) لاميير ، المرجع السابق .

(٧) واسمهم Druides وأطلق المؤرخون هذا الاسم كذلك على الكهنة والقضاة في مصر الفرعونية « Egyptian Druids » انظر مين — المرجع السابق ص ٢٨ ، ولاميير ص ٢٢١ وما بعدها .

هذا هو المظهر الأول الذى برزت فيه فكرة القانون ،^(١) مظهر الوحي الآلهى الصادر فى كل قضية على حدها ، يختلط فيه الفكرة القانونية بالعقيدة الدينية ، وليس للقاضى فيه الا دور الوسيط بين الاله والناس . وكان الملك فى مبدأ الأمر يتولى جميع الوظائف ، دينية وحرية وادارية وقضائية ، فكان قاضيا وظيفته أن يتلقى الحكم الآلهى عند نظر القضية وأن ينطق به . ولم يكن الملك مشرعا لمجموعة من المبادئ القانونية كما صار فى العصور التالية ، ولم تتكون بعد فكرة القانون باعتبارها جملة من النصوص أو القواعد العامة التى تسرى على الحوادث المستقبلية بصورة تجعل الملك أو القاضى فى غير حاجة الى الهام جديد فى كل قضية . وهى لم تصل الى هذه الحالة الا بعد أن قطعت عدة مراحل سبقتها فى البحث التالى .

— ٢ —

التقابل العرفية

قدما أن فكرة القانون ، التى وصفنا صورتها الأولى فى البحث السابق ، لم تصل الى صورة شبيهة بها فى العصر الحاضر ، أى فى صورة نصوص مدونة ، الا بعد تطور طويل المدى كانت فى خلاله فى صورة عادات غير ثابتة وتقاليد غير

(١) وكان هذا هو المظهر الأول لكل شرعية جديدة ذات أصل دينى ، بصفتها وحيا الهيا نزلت به أصولها ونظمها . فقد كان التشريع الاسلامى فى القرآن يصدر فى أكثر الحالات بمناسبة حوادث أو مسائل يرفع أمرها الى الرسول عليه الصلاة والسلام فتتزل الآية ناطقة بالحكم ، غير أن هذا يختلف عن الحالة السابق وصفها ، لأن الأحكام الموحى بها فى هذا العهد ليست مقصورة الأثر على الحوادث التى كانت سببا لنزولها . بل هى أحكام طامة ومبادئ قسرية يقضى بها فى أمور المسلمين وعلاقاتهم ، (أنظر مقال لنا فى « تطور المبادئ القانونية عند العرب فى الجاهلية وصدر الاسلام » — مجلة القانون والاقتصاد ، ص ١ عدد ٥ من ٢٢٥ — ٢٢٦) .

مدونة ولا محدودة ، تمتزج فيها العناصر والطقوس الدينية في أكثر الأحيان ،
وتختص بتطبيقها وتأويلها طبقات اجتماعية خاصة . ونستعرض الآن مراحل
هذا التطور :

المصدر الأولي

بمضى الوقت وتكرر الحوادث المتماثلة والمنازعات المتشابهة أصبح الحكم
الملمم متشابها أو متحدا في كل نوع من أنواع هذه الحوادث أو المنازعات ،
كالسرقة أو القتل أو البيع . فتكونت عادة عامة للحكم في كل نوع منها ، أو
شبه عرف عام لاتباعه . ولكن مرجع هذه العادة أو العرف لا زال وحي
الآلهة وأرادتهم .

وانما كانت الأحكام في ذلك العصر البعيد تختلف كثيرا عن القواعد
القانونية في عصرنا الحديث ، فلم تكن ملزمة للناس ولم تكن الواجبات المترتبة
عليها نافذة عليهم ، وكل ما كان لها من السلطة راجع الى صيغتها الدينية ، وإلى
المهية التي تكتسبها من المصدر الآلهي المنسوبة اليه . كذلك لم يكن الملك
ملزما بالسير على أحكامه السابقة الا خشية من غضب الآلهة وسخطهم اذا
حاد عنها ^(١) .

(١) تشير الايلاذة والاذيسية في بعض المقطوعات الى ما يصيب الملك من غضب الآلهة
اذا ظلم في حكمه ولم يسمع لصوت الآلهة ، وإلى نزول الاله الشمس الى الارض اذا لم يقض
بالتأثر على من قتل ماشية « أوديس » — انظر 21 p. Poitock, Notes on Ancient Law,
وكذلك كان السائد عند قضاء ايرلندا القديمة Brehons أن القاضي الذي يظلم في حكمه
ولا يحكم بالعرف الذي تكون من الأحكام الملزمة يصاب بأودام في وجهه ويسبب سقوط
نمار الزرع من الغضب الالهي لية صدور حكمه — لامبير — المرجع السابق ص ٢٢٥ .

المبحث الثاني

تقدمت هذه الحالة بعد ذلك خطوة أخرى خرجت بها من عهد الأساطير الى عهد أقرب الى التحقيق التاريخي . كان الملك في عصور الأساطير يحفظ كيانه بأمرين : الأمر الأول أنه تلقى مهمته من الآلهة ، والأمر الثاني اتصافه بشيء خارق للعادة في حياته كالقوة أو الشجاعة أو الحكمة . ثم تقدمت الأفكار وأخذت صفة الآلهية في الضعف ، وفي الوقت ذاته ظهر في سلسلة الملوك أفراد لا يمتازون عن رعائهم بشيء من القوى المادية أو الفكرية . فضمت السلطة الملكية ، وانتقلت وظائفها الى طبقة أرستقراطية من رؤساء القبائل أو من رجال الدين . هذا على رأى ^(١) . وعلى رأى آخر كثرت أعمال الملك باتساع مملكته وازدياد رعايه ، وعجز عن تحمل أعبائها فانتقلت سلطاته القضائية الى هيئة أخرى دينية أو مدنية ^(٢) . وأصبحت وظيفة الملك قاصرة على القيادة الحربية أو على رئاسة الشعائر الدينية ، كما حدث في اليونان وفي روما في بدء الجمهورية وكما كان في الهند وفارس . ففي هذه البلاد القديمة مر هذا الدور بصورة متألثة ، اذ جاء بعد العهد الملكي عهد الأقلية ، اما من طبقة حرية كضباط الجيش ، أو طبقة مدنية كرؤساء العائلات والأشراف ، أو طبقة دينية كالكهنة . وكان حكم الأقلية الدينية غالباً في الشرق وحكم الأقلية المدنية أو الحرية غالباً في الغرب .

(١) Maine, Ancient Law p. 8 وهو يستند في ذلك على أقوال « جروت »

في تاريخه .

(٢) Pollock, Notes, p. 22 وهناك قول ثالث ربما كان أقرب الى الحقائق التاريخية ،

بأن هذا الانقلاب اعم حدث بناء على ثورة طبقات الأشراف على الملوك لمفسهم واستبدادهم ، فانتزعت منهم سلطاتهم . مع بقاء السلطة الدينية العامة في أيديهم خوفاً من غضب الآلهة واحتفاظاً بحمايتهم لمدينتهم ، كما وقع ذلك في روما وفي أثينا وفي أسبرطة .

راجع La cité Antique, Fustel de Coulanges ص ٢٨٣ — ٢٩٦ .

هذه الأقلية التي كانت تتولى أمور القضاء بدل الملك ، كانوا حفظة القواعد القانونية ومفسريها والعاملين في تكميلها وتهذيبها . لكن فرقا هاما بين عهدهم هذا وبين العهد السابق نقل فكرة القانون الى حالة أكثر تقدما ، وهو انهم لم يدعوا الالهام فيما ينطقون به من الأحكام في القضايا التي يفصلون فيها ، لأن تهذيب الأفكار كان قد بلغ حدا لا يسوغ معه مثل هذا الادعاء ، بل كانوا يستندون فيها الى قواعد أو تقاليد قائمة معروفة لديهم ، وان كانوا في بعض البلاد ، كالمند ، ينسبون هذه التقاليد في جملتها أو في جزء منها الى مصدر السهي . وقد قضت ظروف متعددة ، أهمها جهل العامة وعدم معرفة الكتابة ورغبة الأقلية في الاحتفاظ بسلطتهم وقوذم ، أن تكون معرفة التقاليد القانونية احتكارا لهم . فأصبحوا يطبقونها ويفسرونها بما تمليه عليهم قرائنهم العملية أو بما توحى به شهواتهم الخاصة . وهذا هو عصر القانون العرفي أو التقاليد غير المدونة ^(١) .

المقدمة الثالثة

تدرجت الأمم القديمة من الدور السابق الى دور آخر ظهرت فيه القواعد القانونية بصورة تشابه الصورة الحديثة . كانت القواعد العرفية بسبب احتكار معرفتها عند طبقة من الأشراف أو من رجال الدين مجهولة من عامة الشعب غامضة عليهم ، وترتب على هذا التعموض شعور عند العامة بالفن ، وبأن الأقلية الحاكمة تستفيد من هذه الحالة وتفسر التقاليد القانونية بما يتفق ومصالح طبقتهم . وزاد في شدة هذا الشعور رغبة العامة في التساوى بالأشراف في الحقوق العامة وفي الاشتراك معهم في مناصب الحكم . وهذا ما حدث في مدن إيطاليا وآسيا ،

وفي اليونان على الأخص ، حيث توصلت طبقة الأشراف^(١) في أثينا ، باحتكارهم تفسير التقاليد وتطبيقها في تحديد سعر فائدة الدين وفي المعاملات الخاصة بالأراضي الزراعية ، الى أعمال العامة بالديون والى الاستئثار بالأراضي ، مما أثار سخط العامة على نظام حكمهم .

وكان اكتشاف فن الكتابة وانتشاره أكبر مشجع لهذه الحركة الديموقراطية ومهد لتحقيق آمال العامة^(٢) . فطالبوا بتدوين القواعد العرفية ووضعها في نصوص محدودة ، حتى تكون معرقتها في متناول الجميع ، وحتى يعلم كل فرد حقوقه وواجباته بطريقة لا لبس فيها . وهذه هي المرحلة النهائية التي وصلت اليها القواعد القانونية في العصور القديمة . وتسمى بمرحلة التقنين أو تدوين القواعد في نصوص محدودة ثابتة^(٣) . ففي كل أمة من الأمم السابق ذكرها جمعت تقاليد العرفية في نصوص مدونة منقوشة على ألواح من الخشب أو من البرنز أو من الفخار ، وتولت حكوماتها إصدارها ونشرها على العامة في أمكنة مخصصة لذلك .

أما قيمة هذه القوانين أو المتون المجموعة فلم تكن في تقاسيمها المنظمة أو في وضوح عباراتها ، وإنما ترجع قيمتها الى اعلان مبادئها الى الناس بعد الظلام الذي كان سائدا في عصر التقاليد غير المدونة ، وهي في ذاتها تدل على تطور اجتماعي وسياسي وصلت اليه الأمم القديمة ، حيث اعترفت فيه الأقلية الحاكمة بمركز

(١) Lee, Historical Jurisprudence, p. 170 . وكان يطلق على طبقة الأشراف

في أثينا اسم Eupatridae كما يطلق عليهم في روما كلمة patriciens .

(٢) مين — المرجع السابق — ص ١٣ .

(٣) Codification وهي تقييد في العصر الحديث معنى تجميع القواعد القانونية في مجموعة

رسمية Code .

الأغلبية المحكومة ، واعترفت فيه طبقة الأشراف بحقوق العامة .

القوانين المدونة

ونتناول الآن أهم المجموعات القانونية المدونة التي عرف وضعها في المصور القديمة^(١) ، وهي قانون دراكون الذي وضع في أثينا والذي استبدل به بعد وضعه بمعد قصير قانون صولون ، وقانون الألواح الاثني عشر الذي دون في روما ، وقانون ألواح جورتين بجزيرة كريد ، وقانون مانو الهندي ، وقانون حمورابي في بابلونيا^(٢) .

١ — قانون دراكون وصولونه

وضع قانون دراكون في أثينا حوالي عام ٦٢٠ ق م ، وكان الغرض من وضعه صوغ التقاليد والنظم القانونية في نصوص مدونة ، منعا لاحتكارها في أيدي الأشراف ووقاية من تطبيقها لمصلحة طائفة دون أخرى . ورغمما عن أنه احتفظ بما كان في تلك التقاليد من القسوة قبل تدوينها ، فانه وضع حدا لعسف الحاكم وتحكم القاضى ونظم القضاء طبقا للقانون المكتوب . وبعد ذلك بنحو عشرين عاما قام صولون باصلاح دستور المدينة وتشريعها ، فوضع قانونا جديدا من صنعه لا ينتسب الى أصل ديني ، وانما يتفق مع ميول شعبه ، ويعترف

(١) لا يشمل هذا البحث مدونات الشرائع السلوية أى التوراة والانجيل والقرآن ، ولا محل لذكرها في هذا التعداد نظرا لصفتها الدينية الخاصة ، ولأنها شرائع منزلة لا صلة لها بظروف التطور السابق استمرانها .

(٢) Code de Dracon, C. de Solon, Loi des XII Tables, Tables de Gortyne, Loi de Manou, Loi de Hammourabi.

بمحقوق الفرد ويحميها أمام محاكم تنصيبها الدولة^(١). والأمر الجوهري في هذا التشريع أنه أخرج فكرة القانون نهائيا من دائرتها الدينية القديمة الى دائرة سياسية بحثت ترجع في صوغها الى وحى التطور الاجتماعى والعقل الانسانى .

أما المصادر التى يستمد منها المؤرخون نصوص التشريع اليونانى ومبادئه ، فهى المرافعات والخطب المأثورة عن كبار المحامين والخطباء اليونانيين فى العصور التالية لهذا التشريع مثل ايزوكرات وديموستين ، وكتابات الباحثين من اليونان فى الأجرومية والاصطلاحات اللغوية والقانونية ، والنقوش والأوراق اليونانية المكتشفة وبها كثير من النصوص والعقود والتصرفات المبينة على هذا التشريع^(٢) .

٢ — قانونه الألواح الرومانية

وضع قانون الألواح الاثنى عشر فى مدينة روما عام ٤٥٠ ق . م ، وكان فى أغلب أحكامه تدويناً للتقاليد السائدة قبل عهده . وكان وضعه فى ظروف تاريخية تشابه الظروف التى تم فيها تدوين قانون دراكون فى أثينا ، فقد كان من أهم مصادر النزاع بين طبقتى الأشراف والعامة استئثار الأولين بعلم القانون وتطبيقه وغموض مبادئه على الأخيرين وما نشأ عن ذلك من التحكم والظلم .

ولهذا طالب العامة خلال بضع سنين بجمعها فى نصوص ثابتة ، وقد تولت

(١) لم تكن كل المبادئ القانونية ، بعد وضع قانون صولون ، مسطورة فى مدونة رسمية ، بل لا زال جزء منها باقيا فى صورة تقاليد ، مثل قواعد الماملات التجارية وكانت مستمدة من فينيقيا وبابلونيا ، وكذلك قواعد الاجراءات . وهذا راجع الى ثباتها والى سهولة الاحتفاظ بها دون الحاجة الى تدوينها . راجع Historical Jurisprudence, Lee من ١٧٤ وما بعدها .

(٢) Beauchet, Histoire du droit privé de la République Athénienne, (٢) volume I, Préface, p.p. XXXI et s.

القيام بذلك لجنة من الحكام ، بعد فحص القوانين اليونانية و على الأخص قانون صولون^(١).

وتحتوى الألواح الرومانية ، عدا قواعد القانون ، على قليل من الآداب الدينية ومراسم الجنازات . وكلها فى أسلوب شعرى . وهى تعتبر فى نظر المؤرخين أساسا للتطور القانونى وفاتحة البحث الفقهى فى تاريخ الدولة الرومانية . وسنعود الى الكلام عنها مفصلا فى دراسة تاريخ الشريعة اللاتينية .

٣ — قانون جورنين

اكتشفت ألواح جورنين ، التى تحتوى على نصوص القانون الكرىدى ، فى سنة ١٨٨٤ ، وكانت منذ اكتشافها موضع الدراسة والبحث من جانب مؤرخى القانون فى فرنسا والمانيا وإيطاليا . وهى ذات قيمة تاريخية كبرى لأنها ألقت ضوا جديدا على تاريخ القوانين اليونانية ، وأفادت الى معرفة نظم قانونية هامة كالأشخاص والزواج والتبني والوارث والالتزامات^(٢) . أما عن تاريخ وضعها فان بعض المؤرخين يرى انها ترجع الى عهد لاحق لهذا الألواح الرومانية^(٣).

٤ — قانون مانو الربرى

وهو كتاب شعرى ضخم يشمل كل ما يتصل بسلوك الانسان وحياته من

(١) ومن المؤكد أن كثيرا من نصوص الألواح الاثني عشر تماثل قواعد القانون اليونانى ، وقد كشف بعض علماء الألمان عن هذا التماثل الى درجة يستبعد منها احتمال المصادفة ، وتحمل على الاحتقاد باستمارة القانون الرومانى من القانون اليونانى ، أو يرجع القانونيين الى مصدر واحد ، والأول أقرب الى الحقيقة لأنه مؤيد باعتراف فقهاء العصر العلمى الرومانى بأن بعض نظمهم مقتبسة من قانون صولون — Beauchet المرجع السابق ص ٢٣ .

(٢) Beauchet جزء أول ، مقدمة ، ص ٤٤ .

(٣) Pollock, Notes on Ancient Law, p. 25

الوجهتين الدينية والمدنية ، ففيه القواعد القانونية والمسائل اللاهوتية ، والمراسم التي يجب أن يسير عليها المرء في أدوار حياته المختلفة ، وواجباته في الدين والعبادة وتقديم القرбан والصوم والطهارة ، ويحتوى فوق ذلك على حكم أخلاقية وأفكار في الفنون الحربية والسياسية والتجارية ، وبين العقوبات والكفارات ، والجزاءات التي تصيب المذنب بعد الموت ، وطرق الوصول الى السعادة .

و « مانو » اسم يطلق عند الهنود على كل من الملوك للؤلئين السبعة الذين حكموا في العالم ، كما كان يطلق اسم « فرعون » على ملوك مصر القدماء . والى الأول منهم أوحى هذا القانون من لدن الاله « براهما » نفسه فأبلغه الى كبار الكهنة ^(١) ، ثم بقي محفوظا من عهد الى عهد حتى وضع في أسلوبه الشرى الحالى باللغة السنسكريتية ، وهى لغة الهنود القدماء ، ثم ترجم في المصور الحديثة الى بعض اللغات الأوروبية ، والذى نقله الى الانجليزية « وليام جونز » ، والى الفرنسية « ديلونجشان » ^(٢) .

أما تاريخ وضعه فقير معلوم بالدقة ، ولذلك اختلف في تحديده الباحثون وكل منهم يعتمد على التخمين والاستنتاج . منهم « وليام جونز » الذى يرجعه الى سنة ١٢٨٠ ، ومنهم من يرجعه الى ألف سنة قبل الميلاد ، ومنهم من يرى أنه أحدث من ذلك ^(٣) . وربما كان أقرب الآراء الى الحقيقة ما ذهب اليه المؤرخ الفرنسى « ديلونجشان » وأيده فيه بعض زملائه ، من أن وضعه كان في خلال القرن الثالث عشر قبل الميلاد المسيحى ، وهو يستند في ذلك الى نصوص هذا القانون ومبادئه الدينية ويستخلص منها دليلين على صحة قوله على الوجه التالى :

(١) وكان يطلق عليهم اسم مامارنى Maharchis .

(٢) William Jones, Deslongchamps

(٣) انظر هذه الآراء المتهقة في كتاب (٣) Maine, Early Law & Custom, p. 11 .

١ — ان العقيدة الدينية التي تملأها نصوص قانون مانو قائمة على التوحيد :
 أى أن الـها واحدا أبديا غير محدود هو أصل العالم وروحه ، وهو « برام »
 (أو الروح الأعظم) خالق هذا الكون وهادمه . وقد كانت هذه عقيدة الهندو
 الأولى قبل أن تتحول في عهد لاحق الى فكرة التثليث التي توحى بأن الروح
 الأعظم « برام » تقمص ثلاثة آلهة ، هم « براهما » و « فيشنو » و « سيفا »^(١) .
 وعقيدة التوحيد هي العقيدة التي تتخلل كتاب الصلوات والترانيل الهندية المسمى
 « فيدا »^(٢) ، وهو كتاب البراهمة للقدس . ومن هذا نرى أن قانون مانو وضع
 في عهد معاصر أو مقارب للعهد الذي يرجع اليه كتاب الصلوات للقدس ، نظرا
 لوحدة العقيدة في الكتابين . ومما لا خلاف فيه أن كتاب الصلوات بعيد في القدم
 الى نحو القرن الرابع عشر قبل الميلاد .

٢ — وكما انتقلت الديانة البرهمية من عهد التوحيد الى عهد التثليث ،
 عبرت هذه الديانة مرحلة تطور من نوع آخر على يد نبي برهمي جديد اسمه
 « بوذا » ، قام بحملة موقفة على الاجراءات الرسمية والشكليات الدقيقة التي بنى

(١) Brahma, Viechnou, Civa . ويقولون بأن أولهم براهما جاء بأربعة أولاد تناسلت
 منهم الطبقات الأربع الهندية Castes ، فن الولد الأول طبقة الكهنة البراهمة وهي الطبقة
 المقدسة بين الهندو ، ومن الثاني طبقة الأمراء والمحريين وهي تلي الأولى في مركزها
 الاجتماعي ، ومن الثالث طبقة التجار والمزارعين ، ومن الرابع طبقة العمال . أما ما عدا هذه
 الطبقات فهم فئة المنبوذين يحرم لمسهم أو الاتصال بهم razia أو impurs ، وهي الفئة التي
 لا زالت الى العهد الحالي تناضل لمساواتهم ببقية الهندو ولتحرر من هذه الوصمة الاجتماعية
 وبمساعدة بعض زعماء البراهمة أنفسهم — انظر مقدمة ديونجشان في قانون مانو الذي
 تولى ترجمته الى الفرنسية .

(٢) Vedas جمع Veda وهي بلهندية صلاة أو أنشودة لمجد الاله والثناء عليه .

عليها دين البراهمة^(١) ، ودعى الى الأخذ بالجواهر دون الظاهر ، فأنشأ فلسفة دينية جديدة مبناها أن الحياة عذاب وأن العذاب سببه الشهوة والعاطفة ، وأن القضاء على هذا السبب لا يكون الا بضبط النفس وانكار الذات ، وبذلك يصل المؤمن الى سبيل السعادة^(٢) عند انتهاء حياته الأولى . وقد كان عهد هذا المصلح الدينى قبل ميلاد المسيح بنحو ألف سنة . والنزى يهمننا فى ذلك أن نصوص قانون مانو ونظمه الدينية لا تشير الى « بوذا » ولا الى مذهبه بشىء ما ، دلالة على أنها وضعت فى عهد سابق على ظهوره .

ومن هذين الدليلين يتبين انه لا يبعد عن الصواب أن يكون التاريخ الذى وضع فيه قانون مانو واقعا فى القرن الثالث عشر قبل الميلاد^(٣) .

٥ - قانونه سمورابى

وهو قانون البابلونيين الذين عاشوا على نهر الفرات فى أرض العراق الحالية ، وكونوا مدينة تقارب فى عهدها مدينة المصريين القدماء . وقد وضعه الملك سمورابى فى عام ٢٠٠٠ قبل الميلاد باتفاق المؤرخين والأثرين . وقد اكتشف هذا القانون منقوشا على أثر حجرى ، يبلغ فى ارتفاعه مترين وربع متر وتبلغ دائرته السفلى مترين الا قليلا . وكان اكتشافه فى سنة ١٩٠٢ فى حفائر « سوز » على يد بعثة أثرية علمية برياسة السيودى مورجان . وفى الجزء الأعلى منه نقش يصور الملك سمورابى وهو يتلقى هذا القانون من الاله الشمس . وتمتاز هذه المجموعة القانونية

(١) يفرض قانون مانو على البراهمة اجراءات وأشكال خاصة بحياتهم الاجتماعية والدينية فى جميع مراحلها ، حتى فى ألوان أزيائهم وفى اشارات تحييتهم ومقابلاتهم وفى تسمية مواليدهم .

(٢) ويطلق على هذه الدرجة العليا كلمة Nirvana وهى التى يرشد اليها بوذا فى دينه . وبعد دعوة بوذا وانتشارها بين الهندوس أصبحت ديانتهم تسمى « البوذية » Bouddhisme نسبة الى بوذا Bouddha ، بعد أن كانت تسمى «البرهية» Brahmanisme نسبة الى براهما .

(٣) Deslongchamps, Loi de Manou, -Préface. (٤)

عن باقى للدونات القديمة — على بعد عهده — بعدة صفات : منها أنه موضوع لافى أسلوب شعرى كقانون الألواح الرومانية وقانون مانو الهندى ، بل فى أسلوب على يماثل به القوانين الحديثة ، أى فى فقرات أو مواد منفصلة تتتابع بحسب طبيعة المسائل التى تعالجها ، وهو يتكون من ٢٨٢ مادة ^(١) . ومنها أنه على صغر حجمه توسع فى أحكامه فشمّل الأحوال الشخصية من زواج وطلاق وتبنى ووصاية وبنوة ، والمعاملات من مداينة وبيع واجارة ومزارة ووديعة ، والعقوبات لجرائم الاعتداء على الأشخاص وعلى الارقاء وعلى الأموال ، ويحتوى فوق ذلك على بعض الأحكام التجارية والحرية . ومنها أخيراً أنه يخلو من الأحكام الدينية ، ولا يتناول منها الا امتيازات مدنية لطبقة الراهبات فى معاملاتهم ^(٢) .

ومن أجل ذلك كله كان اكتشافه حادثاً خطير الشأن عند الباحثين فى تاريخ الشعوب القديمة ونظمها القانونية ^(٣) .

— ٤ —

مقارنة بين الشرق والغرب

وقد قارن بعض علماء التاريخ القانونى ^(٤) بين حالة المجتمع فى الأمم

(١) كل مادة منها تبدأ بكلمة منها « اذا » ٨١ .

(٢) راجع فى كل ذلك الترجمة الفرنسية لهذا القانون للأستاذ Schell, La Loi de Hammourabi ، ومن الغريب ان عبارات هذا القانون تحتوى على بعض كلمات عربية أو مصرية ، من ذلك نص المادة ٢٣ بأنه اذا ارتكبت السرقة من قاطع طريق ولم يضبط وجب رد قيمة المروقات على المديونة « والشيخ » الذين وقتت الجريمة فى دائرتها ، ونص المادة ٢٦٠ بأن من سرق « شادوف » آخر وجبت عليه غرامة معينة للمسروق منه . والمعروف أن لغة البابليين لغة سامية متينة الصلة بالسبعية والعربية .

(٣) پولوك — مذكراته — ص ٢٤ .

(٤) Pollock, Notes, p. 26 & Maine, Ancient Law, p. 15 (٤)

الشرقية وبينها في الأمم الغربية ، باننا مقارنته على درجة السرعة التي انتقلت بها هذه الأمم الى المرحلة القانونية الأخيرة . قهررتها كانت في الغرب أقل زمنا منها في الشرق ، ورتب على ذلك أن القرون الطويلة التي مضت تحت سيطرة التقاليد غير المدونة في الشرق تركت مجالا واسعا للخرافات وللدين في القواعد القانونية ، بحيث كانت القوانين في الشرق عند وصولها الى المرحلة الأخيرة تغلب فيها القواعد الدينية والحكم الأخلاقية ، وتختلط بمبادئها بعض الخرافات ، بينما كانت القوانين الغربية أكثر منها تجردا من الدين ومن الخرافة ، وكانت تعبيرا صحيحا للحالة القانونية وقت صدورها . وكان من نتيجة ذلك أن تسربت عوامل الضعف والانحطاط في المدنية الشرقية ، في الوقت الذي كانت فيه المدنية الغربية في قوتها ونشاطها ^(١) . لكننا نلاحظ على هذه المقارنة ملاحظتين : الأولى أن

(١) يمثل الأستاذ « مين » لقوانين الأمم الشرقية بقانون ماو ، والأمم الغربية بقانون الألوام الاثني عشر ، ويؤيد مقارنته بالمباراة الآتية :

« يتعرض المجتمع الفطري الذي يتبع طائفة من التقاليد لخطر خاصة قد تقضي قضاء تاما على تقدمه في المدنية . فالتقاليد يخضع لها بطبيعة الأمور جامه لا تفهم حكماتها على حقيقتها فتجد سر دوامها في أسباب خرافية ، وعندئذ يتولد من التقاليد المفقولة تقاليد غير معقولة ، ويصبح « القياس » ، وهو خير أداة فقهية يستعان بها في عصر نفوج القانون أخطر الوسائل في عهد طفولته . فالخطر المقصود في أصله على أفعال فردية معينة كملة معقولة تمتد الى جميع الأفعال التي قد تتصل بها يعني من التشاء ، لأن خوف الانسان من غضب الآفة من أجل فعل ما ، يجعله يشتر بغير طبيعي نحو كل فعل آخر من نوعه ولو كان الشبه بينهما بعيدا . . . وعلى هذا يتسع تحريم طام خاص لحكمة صحيحة فيشمل كل طام مماثله ولو كان التماثل على قياس خيالي ، وتتولد عن حكم تقرر لضمان النظافة للسامة سلاسل من اجراءات الطهارة وقبورها الشككية ، ويتخض تقسيم الناس الى طبقات قضت بها الضرورة مرة في التاريخ الاجتماعي لحفظ كيان الأمة عن نظام الطوائف Castes وهو شر النظم الانسانية وأشأمها على المجتمع . وأن مصير القانون الهندي مقياس لقيسة الألواح الرومانية ، ورغمما بدأنا عليه تاريخ الأجناس من تناسل الهنود والرومان من جنس واحد ومن التماثل بين تقاليدهم الأولى ، فإن الفقه الهندي — مع ما فيه من بعد نظر وسلامة حكم —

القوانين المدونة في الأمم الغربية القديمة كانت معتبرة من أهلها أنها قوانين وضعية ، ولكن شريعة مانو كانت معتبرة من الهنود أنفسهم أنها منزلة من الآلهة ، لا أنها معبرة عن القواعد القانونية فقط ، ولهذا احتوت على عنصر كبير من أوامر الدين ومبادئ الأخلاق . والملاحظة الثانية أن هذه المقارنة كانت قبل اكتشاف قانون حمورابي ، وهو أقدم من الألواح الاثني عشر الرومانية بأكثر من خمسة عشر قرنا ، وهو مع ذلك على درجة عظيمة من التقدم القانوني ومن التهذيب العلمي . ويكاد يكون خاليا من المسائل الدينية . فليس هناك محل لترتيب النتائج الخطيرة السابق ذكرها على تدوين القوانين في الشرق والغرب ^(١) .

قد اشتمل على مركب ضخم من السفاهات الفاسية ، وقد سلم الرومان منها بفضل مدونتهم التي وضعت قبل أن تفسد تعاليدهم . . . ولا نستطيع أن نزعم أنه لولا فسر الألواح الاثني عشر لقضى على الرومان بمدينة ضعيفة قسدة كمدنية الهنود ، ولكن من المؤكد أنهم بتدوينهم قانونهم قد أمتوا من مثل هذا المعير التمس . المرجع السابق ص ١٨ ، ١٩ .
والواقع أن مبلغ تقدم الشعوب في المدنية لا يتوقف على الصورة التي صيغت فيها قواعدهم القانونية بل على صفاتهم الجوهرية الخاصة ، والليل على هذا أن بعض الأمم الحديثة ذات التاريخ القديم لا زال الجزء الأكبر من قوانينها تعاليد غير مدونة في مجاميع رسمية دون أن يؤثر ذلك في قوة مدنياتها وكيانها الاجتماعي .

(١) ولو أن بولوك (Notes , p. 26) يوافق « مين » جلة على أن في التدوين المبكر منافع من الاضطلال ، الا انه يرى من جهة أخرى ان وضع الألواح الاثني عشر ربما كان عتبة في سرعة تطور القانون الروماني وسببا لاصطناع الطرق المتتوية التي استعان بها الفقهاء والحكام لتعديل أحكامه .

الفصل الثالث

تطور الشرائع القريظة ووسائل

- ١ — الجماعات الراكدة والجماعات المتقدمة ، ٢ — الحيل الشرعية ،
٣ — مبادئ العدالة ، ٤ — القرارات التشريعية .

بواعث التطور

بعد أن وضعت القواعد القانونية القديمة في مجموعات مدونة ، أصبحت الفكرة القانونية مكونة تكويناً تاماً وأخذت كيانياً محدداً ثابتاً : قواعد صادرة أو مؤيدة من سلطة حكومية تقوم بتنفيذها على الأفراد وتضبط بها سلوكهم ومعاملاتهم وعلاقاتهم .

لكن هذه القواعد المدونة لم تبق على حالتها الأولى التي وضعت فيها ، بل أصابت على عمر الأيام كثيراً من التحوير والتعديل والإصلاح . فقد كانت في أول عهدها قليلة العدد ضيقة النطاق ، مقيدة بالاجراءات الشديدة ، ولم تزد عن أنها صور مكتوبة من العرف السائد وقت ذلك . وبما لسنه التقدم الاجتماعي وازدياد العلاقات التجارية والاقتصادية ونشوء روابط جديدة ومعاملات متنوعة ، شعر الناس بالحاجة إلى تعديل هذه النصوص وتوسيع نطاقها وتبسيط اجراءاتها ، حتى تشمل الحالات الجديدة الماثلة وتلائم التطور الاجتماعي الجديد .

التفرم حالة استثنائية

وقد وصلت الأمم القديمة ذات القوانين للدونة أو التقاليد الثابتة ^(١) إلى

(١) يتناول هذا البحث الشرائع التي صيغت قديماً في قوانين مدونة ، والشرائع التي بقيت في صورة تقاليد نافذة مع تعديلها وتطورها ، وذلك لأن وسائل التطور في كل من النوعين متشابهة . ومن هذه الشرائع ما زال على هذه الصورة إلى العهد الحديث ، كالشرعية الانجلوسكسونية .

تعديلها وتكليفها بوسائل مختلفة لا يمكن حصرها في حدود عامة جامعة ، نظراً لاتساع أطراف البحث وتعدد مناطق التاريخ القانوني، ولتنوع العوامل والظروف الاجتماعية مع تنوع الشعوب والجماعات . غير أن الأمر تسهل معالجته اذا عطينا قبل درسه بالتفريق — من وجهة التطور القانوني — بين المجتمعات الراكدة أو الجامدة والمجتمعات المتطورة أو للتقدمة^(١) ، و بأن نجعل البحث مقصوراً على الفريق الأخير منها .

وذلك لأن جزءاً من النوع الأنساني في القديم لم تتطور نظمته القانونية ، بعد أن اكتملت صورتها الخارجية أو كادت ، بتسجيلها في كتاب رسمي محدود أو بتكريزها في تقاليد ثابتة ، بالرغم مما قد كسب من الحضارة للمادية بعد ذلك . وأن دراسة تاريخ الأجناس البشرية في حالتها الأولى قد تنتهي بناء الى العهد الذي وقف عنده تطور بعض الجماعات . فترى مثلاً أن الهند البرهمية لم تتجاوز في تقدمها القانوني دوراً مرت به جميع الهياكل الانسانية ، وهو الدور الذي لم يتميز فيه القانون عن الدين ، ولم تظهر فيه القواعد القانونية منفصلة عن الأوامر والتعاليم الدينية ، فقد كانوا الى آخر مرحلة من مراحلهم القانونية يعتبرون أن عصيان أمر ديني يجب أن يجازى بعقوبات وضعية ، وأن مخالفة واجب مدني يعرض مرتكبها للجزاء الالهى^(٢) .

(١) Stationary Societies, progressive societies

(٢) من ذلك ما جاء في قانون مانو الهندي — الكتاب الحادي عشر — بند ٤٨ وما تلاه ، من أن الشخص الذي ارتكب جرائم في حياته الحالية أو في حياته السابقة (والديانة الهندية تقوم على تعدد حياة الانسان) يصاب بامراض أو تشوهات خاصة : فمن شرب مشروبات روحية تصبح أسنانه سوداء ، ومن قتل هندياً برهمنياً يصاب بالسل . غير أن المحرم يستطيع أن يضي الجزاء المقرر اذا قدم كفارة عن ذنبه ، والكفارة على أنواع شتى منها أن يجلس نفسه في غابة يتسجد فيها مدة تختلف باختلاف الأحوال .

راجع الترجمة الفرنسية لقانون مانو لديلونجشامب Deslongchamps في الموضع المشار اليه في صدر الهامش ، بنود ٤٨ ، ٤٩ ، ٧٢ ، ٧٨ . ص ٣٢٥ وما بعدها .

ولا نزاع في أن هذا النوع من الجماعات الزائدة كان الغالب في الجماعات البشرية الغابرة ، وإن المدنية التي نراها تحيط بنا من كل جانب في العالم الحديث كانت استثناء نادرا في تاريخ المجتمع الماضي ، فلم يسر منه في سبيل الإصلاح والتقدم الا شطر ضئيل جدا بالنسبة لساثر الانسانية . أما علة هذا الفرق بين حال الجماعات الزائدة الغالبة وحال الجماعات المتقدمة النادرة ، فقد وجدها بعض الباحثين سرا من الأسرار التي يصعب كشفها ^(١) ، ورآها البعض الآخر ^(٢) واضحة في الاصول الدينية التي استمدت منها الشعوب تقاليدها فاكسبت بها قوة على الازدهار وثباتا في النفوس حالا في الغالب من هذه الشعوب دون نموها وتقدمها مجارة لحاجات المجتمع المتغيرة ، والتقدم انما يكون ممكنا — على حد تعبير أحد الكتاب — « في تلك الأحوال السعيدة التي تذهب فيها قوة القانون الى الحد الكافي لاختضاع الأمة كلها دون أن تهادى الى الحد الكافي لقتل الميل الطبيعي نحو التطور والتغيير ^(٣) » ، ولم تقم تلك الأحوال الا في شعوب نادرة كانت فيها روح التجديد أقوى أثرا من قدس النصوص والتقاليد ، فتطورت شرائعها وتعديل أحكامها واتسعت نظمها ومبادئها .

الامم المتطورة

سيكون بحثنا اذن مقصورا على الامم المتطورة النادرة . ونظرا الى أن القانون في ذاته ثابت والفكر الاجتماعي متقدم تبعا للظروف الاجتماعية المتجددة ، كان من الطبيعي أن يكون التقدم الاجتماعي سابقا للتقدم القانوني ، بمسافة تطول أحيانا اذا بقي القانون غير معدل ، وتقصّر أحيانا أخرى اذا عدل القانون ليلائم الحالة الجديدة ويؤيدها . فمعاودة الناس متوقفة على درجة السرعة التي تقصر بها

Maine, Ancient Law, p. 28 (١)

Goadby, Introduction to Law, p. 71 (٢)

Baghehot, Physics & Politics, p. 64 (٣)

المسافة الفارقة أو تزول .

وان اظهر الأمم أمام التاريخ من الوجهة القانونية على الأخص هي الأمة الرومانية . فالمرحلة التي مر بها قانونها تعتبر أنموذجا لتطورات الشعوب المتقدمة ، فقد كان أطول عمرا من أى نظام قانونى عرفته الانسانية ، وكانت جميع أدوار تطوره محقة تاريخيا ، وكان من نشأته الى آخر عهد له فى حالة تقدم مطرد خلال عصور متعاقبة ، كان فيها الفكر الانسانى فى بعض الأمم المعاصرة بطيئا والنشاط الاجتماعى فاترا .

كذلك من بين الجماعات القديمة المتطورة فى حياتها القانونية الجماعات الانجلوسكسونية ، فقد تدرجت تعاليدها القانونية فى أدوار متفاوتة ، كانت فى خلالها ميدانا للعراك المتواصل بين روح المحافظة على القديم ، وبين روح التجديد والتنوير نزولا على ما تمليه الظروف الاجتماعية ، فتعدلت أحكامها وان لم تتمدل صورتها . فالشريعة الانجلوسكسونية تعد من الشرائع المتطورة الى جانب الشريعة اللاتينية وان تسكن أحدث منها عهدا ولم تزل أقصر منها عمرا .

ونجد أخيرا الشعوب الاسلامية من أبرز الجماعات الانسانية فى هذا البحث ، فهى ذات تاريخ قانونى متصل الحلقات ، تمتاز كل حلقة منها بعهد جديد فى تطور أحكامهم وباتجاه جديد لفقههم وتشريعهم ، وقعا لمقتضيات العصور المتلاحقة ولحاجات أمم الاسلام المختلفة . ولذلك فان الشريعة الاسلامية نائلة الشرائع التى أخذت بسبيل التطور والاتساع ، واتخذت مكانها فى هذا السبيل الى جانب الشريعتين السابقتين ، وان اختلفت عنهما فى عهد التكوين بصورها عن مصدر سماوى لاعن أصول وضعية .

وسائل التطور

ونستطيع الآن أن نأتى بقاعدة عامة عن الوسائل التى تطورت بها الشرائع

والمبادئ القانونية لتكون منسجمة مع حالة المجتمع . وهى أن الأمم القديمة وصلت الى تعديلها وتوسيع أحكامها بالاحتياط على نصوصها ، وبما هدت اليه مبادئ العقل والمعادلة الطبيعية ، وبالقرارات التى أصدرتها السلطات التشريعية (١) .

ولم تشترك جميع هذه الوسائل فى كل شريعة قديمة ، فقد تخلو بعض القوانين من نفوذ بعضها ، وقد تعمل اثنتان منها فى وقت واحد فى شريعة واحدة . وانما ظهرت هذه الوسائل فى تاريخ الشرائع القديمة بالترتيب الذى سبق ذكره ، فقد كانت الحيل الشرعية أو الافتراضات القانونية أول وسيلة للتجأ اليها رجال القضاء والفقه لاصلاح قواعده ، وبعد أن ظهرت فكرة العدالة الطبيعية والأحكام العقلية استعانوا بها صراحة لتعديل ما يخالفها من النصوص والتقاليد القانونية ، وأخيرا اتخذت السلطات العامة التشريع وسيلة علنية لاصلاح نظمها القانونية بإلغاء القواعد أو النصوص القديمة ووضع نصوص جديدة .

- ٢ -

الحيل الشرعية أو الافتراضات القانونية

كيف استعين بها فى القديم — فى القانون الرومانى — فى القانون الانجليزى — فى الشريعة الاسلامية — افتراض القرابة العموية والنظم التى يبيت عليه — الحيلة فى القانون الحديث .

كيف استعانوا بها فى القديم

لما كانت الأمم القديمة شديدة التمسك بتقاليدها ونصوصها وما تشتمل عليه

(١) الطريقة الأولى تسمى Fiction légale أى الحيلة القانونية أو الافتراض .
والثانية تسمى Equité, Equity والثالثة Législation .

من نظم قانونية ، وتحترمها احتراماً يصل الى درجة التقديس ، بالنظر الى ما كانت
تحتويه من عنصر ديني أو الى ما كانت ترجع اليه من مصدر الهى ، لذلك كان
يصعب تغيير النظم القائمة أو المبادئ المتبعة فى أمة من الأمم ، رغماً عما قد يظهر
من شدة الحاجة الى اصلاحها ، ومن مواطن الفتن الواقع على فريق من أفرادها أو
على طبقة من طبقاتها . فلم يجد الذين اختصوا بأمور القضاء وبتفسير القانون بدا
من الاحتيال على نصوصه ونظمه ، ابتغاء تطبيقها — دون تغيير فى صيغتها —
على حالات لم تكن تسرى عليها ، وتحملها أحكاماً جديدة لم يتسع لها منطوقها
ومرماها ، حتى يوقفوا بذلك بين كراهة تغيير النصوص أو التقاليد وبين ضرورة
تعديل نظمها ومبادئها .

وقبل أن نأخذ فى دراسة آثار الحيلة فى تطور الشرائع الأولى ، نبدأ بتعريفها :
فالحيلة معناها اقتراض أمر مخالف للواقع يترتب عليه تغيير حكم القانون دون
تغيير نصه ، أو الاستناد الى واقعة كاذبة باعتبارها واقعة صحيحة حتى ينطبق القانون
على حالة لا ينطبق عليها من قبل . وليس للخصم ولا للقاضى تجاه هذا الأمر المزعوم
أن يناقشه أو يتنصل منه مع اشتها كذبه . والفرض منه كما تقدم هو الوصول الى
سماع الدعوى أو رفضها أو الى استنباط حكم فى غير الحالات التى وضع لها القانون
فى الأصل ، ونتيجته أحداث تعديل فى معنى القانون بغير تعديل فى صيغته ^(١) .

ولقد كانت الحيلة أسلوباً شائعاً فى الشرائع القديمة للتغلب على شدة نظمها
وضيق نطاقها ، لأنه الأسلوب الوحيد الذى يلائم النفسية الفطرية ، ويتفق مع عقلية
الانسان فى بدء عهده بالمدينة ومع شعوره نحو دياناته وتقاليد ، بل كانت الحيلة
فى بعض الظروف وفى بعض الأمم متكافئاً « لسير بها فى خطواتها الأولى نحو

(١) هذا التعريف مقتبس مما جاء فى كتاب Maine, Ancient Law p. 90 وفى كتاب

Bentham, Theory of Legislation, p. 71

المدنية» ^(١) ، فلمبت دورا خطيرا في تاريخ التطور القانوني عند أكثر الأمم المتقدمة ، وأحدثت في شرائعها ونظمها أثرا واسعا المدى . وقد اتخذت الى ذلك سبلا مختلفة وصورا ممتدة ، فهي أحيانا أداة قضائية يتمسك بها القاضي لمد سلطان اختصاصه أو لتصحيح الدعوى الباطلة المرفوعة أمامه ، وهي أحيانا تصرف صوري يستند اليه الطرفان لانشاء عقود جديدة أو نتائج جديدة لم يتوقعها القانون ، وهي أحيانا تصوير خيالي لوضع من الاوضاع الاجتماعية أو القانونية يترتب عليه قواعد وروابط جديدة لقيام لها بغير هذا التصوير ، وهي أخيرا وسيلة اعتبارية لتبرير بعض المبادئ والنظم السائدة في بعض الشرائع . وتبين هذه الصور المتنوعة فيما يلي من دراسة آثارها في قوانين الأمم المختلفة :

في القانون الروماني

كانت الحيلة عاملا كبيرا في التخلص من ضيق النصوص وشدها وفي ارتقاء النظم القانونية في العصور الاولى للدولة الرومانية ، بل وفي معالجة بعض الصعاب المالية والاجتماعية في عصورها الحديثة . ولذلك فان تأثير الحيلة في القانون الروماني القديم أوسع نطاقا من تأثير الوسائل الأخرى ، كما انه أوضح وأعق منه في أية شريعة أخرى . والامثلة على ذلك مختلفة متعددة : منها

(١) Maine, Ancient Law, p. 31 وهو يؤيد قوله هذا بنظام التبني الذي يجيز خلق رجل طاعلي مصطنع من الافتراض المناقض الواقع . وهذا قول صحيح الى حد بعيد ، فقد كان نظام التبني عاملا اجتماعيا خطيرا في تطور المجتمع القفري ببقاء الاسرات وتخليد عبادتها المالية ، ويتعيق أغراض سياسية كتنقل شخص ممتاز من طبقة اجتماعية الى طبقة عليا لتولى مناصب الحكم في قومه ، ويضمان استمرار وراثته العرش ، كما حدث في الدولة الرومانية - راجع كتابنا مبادئ القانون الروماني طبعة ١٩٣١ ص ٧١ ، وراجع كذلك Girard, Manuel d'Éléments de Droit Romain, 1911, p. 171 . وسنرى فيما بعد أن نظام الجماعات وتطوره الى نظام الدولة بالمعنى الحديث كان قوامها افتراض الصلة العمومية بين أفرادها .

الاحتيايل عل نظام البيع « بالاشهاد » واستعماله سوريا للوصية والهبة والمقايضة والوديعة وعارية الاستعمال والرهن الحيازى^(١) ، قشأت عقود وتصرفات جديدة لم تكن معروفة من قبل فى القانون الرومانى . ومنها الاستعانة « بالدعوى الصورية » لابتداع طرق جديدة سهلة لمتق الرقيق ونقل الملكية^(٢) . ومنها الاحتيايل على نص فى الالواح الرومانية يجازى الأب « بمجرمانه من السلطة الابوية على ابنه اذا أسرف فيها ببيعه ثلاث مرات » ، واستنباط وسيلة صورية منه لانشاء نظام جديد وهو تحرير الابن اذا أراد أبوه منحه الاستقلال فى حياته بأمواله وثمار عمله^(٣) . ومنها نظام التبني ، وهو خلق الصلة العائلية خلقا صناعيا وباجراءات صورية^(٤) ، وبهذا الامر الاقتراضى فى جوهره وشكله تمكنت الأمة الرومانية من تخليد اسراتها وصيانة مصالحها .

والى جانب تعديل المبادئ والنظم القانونية بالتحايل على النصوص

(١) موجز كيك Cuq ص ٢٧١ ، مبادئ القانون الرومانى للمؤلف ص ١٤٨ .
ويطلق على نظام البيع بالاشهاد كلمة Mancipation أى اكتساب الملكية ، وهو المقد
الرسمى الوحيد الذى يشهده عدد معين من الناس .

(٢) اسم الدعوى الصورية Cessio in jure ، ترفع من جانب الرقيق على سيده أو
من جانب المشتري على بائه أمام الحاكم القضائى praetore — وهو الذى يفصل فى القضايا
من الوجهة القانونية قبل أن يحيلها على محكم judex للفصل فى الوقائع ، والذى تعتبر القضية
أمله فى دورها القانونى in jure قبل أن تطرح أمام المحكم فى دورها الثانى in judicio ،
فيسلم السيد بحرية الرقيق أو البائع بملكية المدعى cessio فيصادق الحاكم على هذا التسليم .
ومن هذا جاء اسم الدعوى باللاتينية ومنام « التسليم بالدعوى فى دورها القانونى » . انظر
جيرار طبعة ١٩١١ ص ١١٩ ، ٢٩٢ .

(٣) ولذلك سى التحرير emancipation أى من طريق الاشهاد .

(٤) يحدث التبني adoption فى عمليتين صوريين ، الاولى اخراج الابن من سلطة
أبيه الأصلية ببيعه سوريا ثلاث مرات لمشتري صورى ، والثانية ادخاله فى سلطة أبيه الجديد
بطريق الدعوى الصورية ، يدعى فيها بالأبوة فيسلم المدعى عليه ويصادق الحاكم القضائى
على هذا التسليم . انظر كتاب مبادئ القانون الرومانى ص ٧٢ .

الخاصة بها كما تقدم ، وصل الرومان الى تعديلها كذلك من طريق التحايل على الاجراءات القضائية وشروط التقاضى . مثل ذلك أن يفترض الحاكم القضائى فى البرنامج الكتابى الذى يحيل به القضية الى المحكم للفصل فيها بحسب وقائمه ان للدعى الأجنبى رومانى ، حتى يستطيع المطالبة بحقه فى نزاع مدنى أو فى دعوى جنائية ، بعد ان لم يكن لفرد حق التقاضى أمام المحاكم الرومانية الا اذا كان حرا وطنيا . وان يفترض أن الأرض الإقليمية أرض ايطالية ، حتى يتمكن صاحبها من حماية ملكيته اذا اعتدى عليها ومن استردادها اذا نزعته منه ، بعد أن كانت دعاوى الملكية العقارية مقصورة على الأراضى الايطالية ^(١) . وان يفترض أن المشتري أو اللوهور له — الذى اكتفى باستلام للبيع أو الهبة دون اتخاذ الاجراءات الشكلية الناقلة للملكية قانونا كالأشهاد — قد مضى على استلامه المدة القانونية للكسبة للتملك ، فاصبح التسليم طريقا لا اكتساب الملكية ^(٢) . وان يفترض ان الابن المحرر من سلطة أبيه والزوجة التى تزوجت بغير خضوعها لسيادة زوجها ، وارث شرعى للأب أو للزوج المتوفى ، حتى يأخذ كل منهما من تركته نصيبا كالابن الخاضع لسلطة أبيه والزوجة الخاضعة لسيادة زوجها بعد أن كان الميراث الشرعى مقصورا على الذين كانوا فى سلطته عند وفاته ^(٣) .

فى القانون الانجليزى

كذلك كانت الحيلة وسيلة فعالة فى تطور النظم القانونية والقضائية فى

(١) جيران من ٤٠ . ٣٥٥ موجز كيك من ٣٠٧ .

(٢) Tradition انظر مبادئ القانون الرومانى من ١٨٦ ، ومتى افترض أن المدة قد مضت أصبح المستلم فى حكم من تملك المال بغير المدة Usucapio وهى من الطرق المنصوص عليها فى اكتساب الملكية .

(٣) جيران من ١٠١٦ .

القانون الانجليزي القديم ، يمثل ما كانت في القانون الروماني القديم ، ولو أنها في الأول كانت أوضح فصلاً وأعمق أثراً في القواعد الشكلية منها في المبادئ الموضوعية ، فترتب عليها اتساع سلطان المحاكم الملكية في الدول على حساب المحاكم الاقطاعية والمحاكم الكنسية ، وخضوع المجرمين في أكثر المسائل الجنائية للقضاء الملكي ، والتزام المدعى عليه بالثول أمام هذا القضاء في المسائل المدنية بعد ان لم يكن لهذا الالتزام وجود من قبل . وتم بكل ذلك توحيد السلطة القضائية في البلاد . من ذلك أن تقتض المحاكم الملكية في اعلان الدعوى الصادر منها أن المدعى عليه في « حراسة أمين الملك ^(١) » لارتكابه جريمة تمس « أمان الملك » ، ومتى اعتبر كذلك وجب عليه الحضور الى المحكمة لأنه في حكم المقبوض عليه ، وحينئذ تصح مطالبته بحق مدنى أمامها . ومن ذلك افتراض ان المدعى مدين بالضرائب للملك ولم يتمكن من سداد المقرر عليه لماطلة المدعى عليه في دفع دينه ، وبهذا يصبح المدعى عليه كأنه مدين للملك ويلزم بالحضور الى محكمته . ومن ذلك افتراض الاعلان الصادر في دعاوى الأراضي الواقعة في اختصاص محاكم النبلاء الاقطاعية أن « اللورد تنازل عن النظر في القضية » ^(٢) ، فتؤول عندئذ الى المحاكم الملكية للفصل فيها .

وقد نشأ عن امتداد ولاية المحاكم الملكية باستعمال هذه الحيل القضائية تطور آخر في قواعد القانون غير الشكلية وهو تكوين مبادئ جديدة لدى هذه المحاكم كلما انتقلت الى اختصاصها مسائل أو حالات جديدة . على أن أثر الحيلة لم يكن مقصوراً على تنظيم القضاء واجراءاته بل تجاوزه الى تهذيب القواعد الموضوعية

(١) Deans, Legal History in the Custody of the King's Marshal .

p. 761 & s.

(٢) Jenks, Short History of The Lord has renounced his court .

English Law, p. 51

بصورة مباشرة ، كما حدث في توسيع فكرة الجرائم العامة بالتدرج على الأفعال الضارة بالمجتمع باقتراض أنها بخلة « بأمان الملك »^(١) ، بعد أن كان هذا الوصف في أصله لا يعتمد جرائم الاعتداء على الملك أو على أحد في بيت الملك .

في الشريعة الإسلامية

أما الشريعة الإسلامية فإن انشاء نظمها وتطورها يكاد أن يخلو من الحيلة ، وهذا راجع الى بساطة اجراءاتها ، والى أن أحكامها مستمدة في غالب الأحوال من أصول وقواعد كلية واردة في القرآن والسنة ، تاركة المسائل التفصيلية الى اجتهاد الفقهاء والقضاة^(٢) . ومع هذا فقد نجد فيها بعض الأمور المقترضة التي ترتب عليها بناء أحكامها ، كالاقتراض بأن المورث حتى تستمر ملكيته على تركته اعتبارا الى أن تسدد ديونه . وهذا الاقتراض راجع الى رغبة الفقهاء في منع تصرف الوارث في أموال التركة قبل الوفاء بديونها ، وفي عدم ترك هذه الأموال مباحة في خلال الفترة التي تمضي بين الوفاة وبين قضاء الدين حتى لاتكون سائبة^(٣) . ومن هذه الأمور المقترضة أيضا اعتبار المفقود مورثا حكما

(١) Breach of the King's Peace.

انظر Deans, p. 107 et. s. Jenks, p. 85

(٢) منها الأمر العام الوارد بالوفاء بالمقود في سورة المائدة ، والنهاي العام الوارد من أكل أموال الناس بالباطل في سورة النساء ، والمبدأ العام القاضي بأن لا يضر ولا ضرار والوارد في السنة — راجع محمد بك الحضري — تاريخ التشريع الاسلامي ص ٥٤ .

(٣) المبسوط لشمس الدين السرخسي ، مطبعة السعادة ، جز ٢٩ ص ١٢٧ : « قال عليونا اذا كان الدين محيطا بالتركة بمنع ملك الوارث في التركة ، وان لم يكن فكنذلك في قول لأبي حنيفة . . . وحجتنا في ذلك قوله تعالى (من بعد وصية يوصي بها أو دين) فقد جعل الله تعالى أوان الميراث ما بعد قضاء الدين . . . فيكون حال الدين كحال حياة المورث في المعنى ، ثم الوارث يخلفه فيها بفضل بمحاجته ، وقيام الأصل بمنع ظهور حكم الخلف ولا نقول يبقى مملوكا بشيء ماله ، ولكن تبقى مالكية المديون في ماله حكما لبقاء حاجته . »

كالكثير حقيقة ، وتوزيع أمواله على « ورثته » مع أن الميراث خاص بتركة المتوفى ^(١) . ومنها أخيراً اعتبار الجنين شخصاً حياً قبل ولادته إذا مات المورث أثناء حملها حتى يكون له نصيب في تركته ^(٢) .

وفي خلال العهد العباسي بعد أن تكونت المذاهب الفقهية وتنوعت البحوث العلمية في أصول الشريعة وأحكامها ، لجأ بعض الفقهاء إلى ابتداء الحيل للتخلص من بعض الأحكام الشرعية ، من طريق إجراءات أو تصرفات صورية يترتب عليها إسقاط الحق أو الواجب . كأن يهب الشخص ماله لابنه أو زوجه فترة قبيل تمام الحول ثم يستوهبه إياه ثانية . وبذلك يزول الشرط اللازم لوجوب الزكاة من المال وهو بقاؤه حولاً في يد صاحبه . وجمهور العلماء ينكرون مثل هذا الأسلوب في الشريعة ويرونه ضرباً من الخداع المقوت ^(٣) .

افتراض الصدقة الرموية

ولعل أقدم الافتراضات القانونية عهداً وأبلغها أثراً في حياة الجماعات الفطرية افتراض القرابة الدموية . فقد كانت العلاقات بين الأفراد في مستهل الحياة الاجتماعية محصورة في أفراد الأسرة الواحدة ، وكان المبدأ الأساسي أن الذين لا تربطهم بالأسرة صلة الدم أماعدو وأما رقيق . فارق الواقع هذا المبدأ ونشأت الروابط السلمية والمصلحية بين غير الأقرباء ، دون أن تبني على مبدأ جديد ينسجم

(١) ابن عابدين جزء ٥ ص ٦٦٢ .

(٢) ابن عابدين — المرجع السابق — ومثل هذه الافتراضات كان معمولاً بها عند الرومان . فالأصل في القانون الروماني أن الشخصية تولد مع الشخص بولادته وتنتهي بموته ، غير أنه قد تخلف للإنسان قبل ولادته شخصية فيموت شخصاً حياً وهو جنين ما دام هذا الاعتبار لصالحه ، وقد تبقى شخصية الإنسان بعد وفاته فيعتبره القانون حياً وهو ميت ما دام هذا الاعتبار لصالح ورثته . انظر جيرار ص ٢٩١ .

(٣) راجع محمد بك الحفري — تاريخ التشريع الإسلامي ص ١٧٤ .

معا ، ودون أن تصاغ في تعبير جديد يلائمها ، بل أن العضو الغريب في كل جماعة كان يعامل معاملة القريب ، والرابطة التي تصلها بها كانت تعتبر رابطة قرابة . وذلك لأن عقلية الجماعات الفطرية كانت تقصر عن التسليم بوجود نظام يجمع بين الأفراد أو ينشئ بينهم علاقات إلا أن كان صادرا عن صلة عائلية ، فلم تجد بدا من التوسع في فكرة القرابة حتى تشمل نظاما ليس لها أساس صحيح من هذه القرابة ، ومع ذلك كان يترتب عليها من الحقوق والواجبات بل ومن للشاعر النفسية ما يترتب على الصلة العائلية .

وطى هذا الأسلوب من التفكير الفطري كان اقتراض الصلة الدموية أساسا لنظم مختلفة سياسية واجتماعية ، ولنظم في المعاملات ، وفي الأحوال الشخصية من زواج ونفقة واث ، وكثير من هذه النظم لم يكن مقصورا على شعب واحد بل كان عاما على شعوب عديدة ، هندية ولاتينية وجرمانية وعربية . وسنرى فيما يلي أمثلة للدور الذي قام به هذه الاقتراض في تكوين هذه النظم وتطورها في المجتمع الانساني : —

١ — الدولة في القريم — كانت كل جماعة سياسية في العهد القديم ، وهي التي تقابل الدولة في العصر الحديث ، ينتسب أفرادها أو رعيته الى أصل واحد ، وهذا راجع الى الاعتقاد بأن صلة الدم هي الأساس الوحيد لأية هيئة يشترك أعضاؤها في حقوق سياسية . أما أن عددا من الناس ينضمون في وحدة سياسية بما تشمله من حقوق وواجبات عامة ، لمجرد أنهم يعيشون في قطر واحد ، فهي فكرة كانت بعيدة كل البعد عن أذهان أسلافنا الأوائل . ولذلك فانه رغما عن تدخل الغريب في كل جماعة ، فانهم كانوا يفترضون أنفسهم من نسل واحد . وقد تدرجت الجماعات الفطرية نحو تكوينها في هيئات سياسية ، من أسرة خاضعة لسلطة أب واحد ، قالى عشيرة تعبد جدا واحدا ، قالى قبيلة ترجع الى أصل

واحد، ثم الى شعب أو دولة تنتسب لجنس واحد^(١). وفي كل دائرة من هذه الدوائر التي وصلت باتساعها الى تكوين الدولة دخلت عناصر أجنبية واندجت في الأقارب، سواء أ كان ذلك بطريق التبنى في دائرة الأسرة^(٢)، أم بطريق انضمام التزلاء في دائرة المشيرة، وللمهاجرين من القبائل الأخرى في دائرة القبيلة^(٣). ومن هذا يتبين لنا أن بناء الدولة على أساس الصلة الدموية كان بناء صناعيا ومع ذلك كان المعتقد أنه الوضع الطبيعي للهيئة السياسية القديمة، حتى أن قدماء الارلنديين كانوا يطلقون اسما واحدا على الأسرة وعلى المشيرة وعلى القبيلة وهي الوحدة السياسية القديمة^(٤). أما علة تأثير هذا الاقتراض في نفوس الأقدمين واخلاصهم لهذا الاعتقاد مع علمهم بمخالفتة للواقع، فانها ترجع الى اشتراك أفراد القبيلة أو الهيئة السياسية في العبادة وفي القران الديني، وترجع بالأخص الى العبادة السائدة في الديانات القديمة وهي عبادة الأجداد، متى أخذ الغريب بنصيبه فيها سهل الاعتراف بانتسابه الى الجد الذي اشترك في عبادته^(٥). وبذلك قامت الدولة القديمة على وحدة العبادة ووحدة النسب.

ولما تكونت كل جماعة على هذه الصورة وشعرت بعد ذلك بقوتها وكيانها نبذت مع الزمن اقتراض القرابة كوسيلة لتوسيع نطاقها، وضمت اليها عناصر

(١) نجد هذا في بلاد اليونان وفي روما وفي ايرلندا وفي عرب الجاهلية وفي الشعوب العبرية والمهندية — راجع Maine, Early Institutions, p. 231، وكتاب تاريخ الأمم الاسلامية للاستاذ محمد بك الحضري طبعة أولى ص ١٦، وكتاب التوراة سفر التكوين اصحاح ٢٥ وما بعده. وهو للرجع الذي سبقت اشارة اليه في الفصل الأول.

(٢) كان التبنى نظاما شائعا في الشعوب الأولى كاليونان والرومان والجرمان والمهنود وال عرب — انظر جيرار ص ١٧١ هامش.

(٣) وهذا ما يقابل التجنس في الدولة الحديثة.

(٤) وهذا الاسم هو Fine أى أسرة، Maine, Early Institutions, p. 231.

(٥) Maine, Ancient Law, p. 169 & Early Institutions, p. 231

أجنبية وجماعات أخرى لم تطمع في ادعاء وحدة القرابة أو في الاشتراك في العبادة مع أصلاء الدولة الأولين ، وقد رفعوا أنفسهم عند ذلك الى مرتبة الاشراف والخاصة واستأثروا بالحقوق السياسية دون الدخلاء والعامة الذين لم يحظوا بنعمة الانتساب لأصلهم أو جنسهم ، وهو المبدأ الذى يعتبر أساسا للشخصية السياسية فى الدولة ، كما كان فى روما وفى اليونان . لكن هذا الاشراف فى حرمان العامة وفى اضطهادهم عليهم مبدأ آخر أسمى مكانة وأشد قوة ، مبدأ الصلة الوطنية أو الانتساب الى وطن ثابت الحدود ، وهو المبدأ الذى أصبح أساسا لكل دولة فى العصور الحديثة .

٢ — عقود مهيرة — لم يكن اقتراض القرابة مقصورا على انضمام الغريب الى غيره فى تكوين الجماعات القديمة ، بل امتد الى بعض الروابط والمعاملات التى نراها الآن ناشئة عن التعاقد وحده . ومن هذه الروابط رابطة الشركة ورابطة الوكالة . فالعلاقات بين الشركاء انما كانت مشتقة فى القديم من اقتراض الصلة الدموية بينهم وبغير هذا الاعتبار لم يتم مسوغ لوجودها . وقد كان يطلق فى ايرلندا تمبير واحد على الورثة فى التركة وعلى الشركاء فى الشركة ، اشارة الى اعتبار القرابة أساسا لتشاركهم . وقد بقيت الى عهد حديث فى تشكيل بعض الشركات الانجليزية التجارية ذات الأصل القديم آثار الصلة المفترضة بين الأقارب المتضامنين فى الطعام والعبادة والمال ^(١) . وكان عند الرومان فى القديم نظام « الشركة العامة » ^(٢) ذات المسؤولية المطلقة ، التى تجعل جميع أموال كل شريك واقعة فى مال الشركة وتجعل الشركاء مسئولين عن كل ماتسأل عنه الشركة . مثل هذه الشركة لا تنشأ فى العصر الحديث عن العقد ، وان كانت تحدث فى

“Joint in food, worship and estate” Maine, Early Institutions (١)
p. 238

Societas omnium (ou universorum) honorum. (٢)

بعض البلاد عن الزواج^(١) ، ولكنها كانت تقوم في القديم على اقتراض صلة الأخوة بين الشركاء ، ثم تهذبت وأصبحت منسوبة الى قوة التعاقد وحده .

كذلك كان الأمر في عقد الوكالة عند الرومان ، ففي شرائع العصر الحالي ، اذا تعاقد الوكيل مع الغير نيابة عن الأصيل ، يكتسب الأخير ما ينشأ عن العقد من الحقوق ويلتزم بما يترتب عليه من الديون ، كأنه حضر بنفسه في العقد دون الوكيل ، ولا ينشأ عن العقد بالنسبة للوكيل دين أو حق كأنه لم يحضر في العقد . ويعبر عن هذه النتيجة المزدوجة بأن « الانابة كاملة » ، أى أن الوكيل يمثل الأصيل في العقد تمثيلا تاما تغنى به شخصية الوكيل في شخصية الأصيل .

لم يصل الرومان الى هذه القاعدة المطلقة ، وانما كانت الوكالة عندهم في العهد القديم خالية الاثر في الانابة ، فكان الحق أو الدين الناشئ من العقد يرجع الى الوكيل وحده ، هو الذى يكتسب الحق ويلتزم بالدين دون الموكل ، وهو الذى يطالب بالحق ويوفى بالدين ، وبعد ذلك ينقل الى الاصيل ما اكتسبه أو قبضه من الحقوق ، ويرجع عليه بما دفعه من الديون . غير أن الانابة كانت كاملة الاثر اذا حضر عن رب الأسرة في العقد ابنه أو رقيقه ، أى اذا حضر عنه وكيل تربطه بالموكل صلة عائلية ، نظرا لوحدة الشخصية المترتبة على هذه الصلة . ثم تعدل المبدأ الاول مع سرعة تبادل المصالح وتقدم التجارة ، وأصبحت الانابة ذات أثر مباشر على الاصيل بالنسبة للديون الناشئة من العقد في كل حال ، وبالنسبة للحقوق في بعض الاحوال . ومن المحتمل أن في هذا التطور ظللا لتلك الاندماج التام الذى يحدث بين فردين يشتركان حقيقة أو حكما في عضوية أسرة واحدة ،

(١) كما قد يحدث من الزواج في فرنسا حيث تندمج اموال الزوجين وأموال الزوج في شركة تحت اداة الزوج ويسمى هذا النظام في القانون الفرنسى Régime de la communauté

وأنه تطور جاء من طريق التوسع في فكرة القرابة حتى شملت ما بين الوكيل واللوكل من صلة ^(١).

٣ — موانع من الزواج — يدخل في اقتراس الرابطة العائلية حالات قانونية أخرى تولدت عنه في كثير من الشعوب الأولى ، ولا زال لها بعض الأثر في المصور الحديثة . وكلها حالات تشملها فكرة واحدة تلتخص في أن صلات الأفراد — مادية ونفسية — قد تصاغ في وضع عائلي ، اذا جمعهم عقيدة واحدة أو علاقة مقدسة أو ظروف من شأنها أن تغذى بينهم روح العطف والولاء ، وحينئذ ينشأ بينهم من الواجبات والحقوق ما ينشأ عادة بين أعضاء الأسرة الواحدة .

ومن ذلك القرابة الروحية الناتجة من الصلة الدينية ، في الدولة الرومانية للمسيحية ، بين وكيل الممودية أو « الاشبين » ^(٢) وبين المعتد وأسرته ، تلك القرابة التي أصبحت مصدرا لكثير من موانع الزواج على مستوى واحد مع القرابة الطبيعية والمصاهرة ، فليس للوكيل مثلا أن يتزوج ممن تولى تميمها لأنه منها في منزلة الأب . وعلى هذا الاعتبار أيضا منع الزواج بين الوصي أو ابنه وبين الفتاة الخاضعة لوصايته . وإلى جانب هذا نشأ في أرنلدا القديمة نظام من القرابة الاعتبارية أساسه الرضاة ، فقد أفرد القانون الارلندي القديم ^(٣) فصلا خاصا بالحقوق والواجبات المترتبة على استلام طفل لارضاعه وتعليمه . ذلك لأن صلة

(١) انظر مبادئ القانون الروماني المؤلف من ٢٧٨ . Maine, Early

. Institutions p. 295

(٢) انظر Sponsor p. 131 ، Sherman, Roman Law in the Modern World, v. 1, p. 131

(٣) Senchus Morach ، وقانون الرضاة يسمى Law of Fosterage راجع Maine-

Early Institutions, p. 241

الرضاعة وان كانت صناعية في بدايتها ، ولكنها تتخذ مع الزمن حالة تكاد لا تفترق فيها عن صلة البنوة الطبيعية . ولم يكن نظام الرضاعة خاصا بالتبائل الارلندية ، وانما كان منتشرا في الشعوب الآرية ، وعند الهنود خصوصا ، وكذلك كان معمولا به لدى الجماعات العربية في عهد الجاهلية وفي الاسلام ، حيث أفضت الى آثار شرعية تماثل ما تفضي اليه صلة القرابة ، فقد حرم القرآن على الرجل — في عبارة تفيد معنى هذه الصلة ^(١) — أن يتزوج ممن أرضعته ومن أخواته من الرضاعة ، ثم أتمت السنة وحدة الرابطين بأن حرمت من الرضاع ما يحرم من النسب ^(٢) .

٤ — نفقة وارث — وهناك — عدا موانع الزواج — طائفة أخرى من الآثار القانونية التي تمد ألصق من غيرها بالقرابة الطبيعية ، كانت شائعة في الشعوب العربية والرومانية والارلندية والهندية ، قصد أحكاما للنفقة والميراث نظمت بها صلات خاصة بين أفراد من نسل مختلف على غرار الصلة بين أفراد من نسل واحد .

فقد كان عند عرب الجاهلية ، الى جانب نظام التبني الذي أبطله الاسلام ، نظام يسمى « بولاء الموالاة » يعقده الرجل بالآيمان بينه وبين رجل آخر ليتناصرا في الحياة ويتوارثا بعد الوفاة ، وهذا المهد يجعلهما في مرتبة الأقربين ، ويوجب عليهما التعاون في العيش ، ويكسب الباقي منهما حق الاستيلاء على ما اشترط

(١) من سورة النساء « حرمت عليكم أمهاتكم وبناتكم وإخوانكم وعماتكم وخالاتكم وبنات الأخ وبنات الأخت ، وأمهاتكم اللائي أرضعنكم وأخواتكم من الرضاعة » .

(٢) تاريخ التشريع الاسلامي لمحمد الحصري بك ص ٤٥ .

من تركه أخيه اذا مات قبله ^(١) ، وقد أقر الاسلام هذا الولاء ولم يبطله ^(٢) .

وفى القانون الرومانى والشريعة الاسلامية نوع آخر من الولاء قائم بين المعتق ومعتوقه ، يترتب عليه علاقات وواجبات تماثل ما بين الأب وابنه ^(٣) ، لأن المعتق سبب الحياة الحرة للرقيق ، والأب سبب الحياة الطبيعية للابن . وعلى هذا الاعتبار يلتزم المعتوق فى القانون الرومانى نحو مولاه بما يلتزم به الابن نحو أبيه ، من الاجلال لشخصه ، والخضوع لقضائه العائلى ، وأداء الخدمات اللازمة لسد حاجاته ، والاتفاق عليه عند اعساره ، وللمعتق فوق ذلك حق الارث فى تركه معتوقه اذا مات عن غير وارث ^(٤) . وعلى هذا الاعتبار كذلك يلتزم المعتق فى الشريعة الاسلامية ، على بعض المذاهب بنفقة عتيقه ، بل يمتدى هذا الالتزام للمعتق الى العصبية من أقاربه عند موته ، ويمتد حق النفقة الى أولاد العتيق ان كان ولاؤهم لمولى أبيهم ^(٥) . واذا مات العتيق عن غير عصبية من أقاربه آلت تركته الى معتقه أو الى عصبته من بعده ^(٦) .

(١) انظر تاريخ التشريع وأصول الفقه للأستاذ أحمد أبى الفتح بك ص ٤٦ . وكانت صيغة هذا الحلف بين كل من المتعاهدين قوله « دى دمك وهدى هدمك وترتقى وأردتك وتطلب بنى وأطلب بك » — المرجع السابق .

(٢) تاريخ التشريع الاسلامى ل محمد الحضرى بك ص ٥٣ ، وشرح الأحكام الشرعية فى الأحوال الشخصية للأستاذ محمد زيد الايبانى بك طبعة ١٩٢٤ جزء ٣ ، ص ٥ ، وسورة النساء فى قوله تعالى « ... والذين عقدت أيمانكم فآتوهم نصابهم ... » .

(٣) الولاء فى اللغة النصرة والمجبة ، وفى العرف قرابة حكمية حاصلة من عتق أو موالاة . راجع شرح الأحكام الشرعية للأستاذ زيد بك — المرجع السابق — ص ٥ ، وراجع فى آثار المعتق عند الرومان Huvelin, Cours de Droit Romain ص ٣٣٥ .

(٤) Huvelin, Cours de Droit Romain p. 335 .

(٥) نظام النفقات للأستاذ أحمد ابراهيم ابراهيم بك ص ٥٩ ، ٦٠ .

(٦) محمد زيد الايبانى بك — المرجع السابق ص ١٩ .

٥ — الرضاع الأدبي — يتصل بهذه الطائفة من الآثار القانونية تلك الآثار التي كانت تنشأ في بعض الشعوب من التربية العلمية أو الدينية ، وقد كان قدماء الارلنديين يطلقون على هذا النظام اسم « الرضاع الأدبي » ^(١) ، وهو نظام كان متبعاً في مدارس القانون التي أسسها العلماء « البريهون » ^(٢) ، حيث يتولى المعلم حضانة الطلبة في بيته وتثقيفهم الثقافة القانونية والأدبية العليا بشير مقابل . كانت الصلة بين المعلم وطلبه في مرتبة الصلة بين الأب وأبنائه ، بل جعل القانون الارلندي للأب من الرضاع الأدبي على طلبته السلطة الأبوية التي جعلت للأب على ولده ، وقرر له حق الانتفاع مدى حياته بجزء معين مما قد يؤول من الأموال لابنه من الرضاع ، وهو بمثابة حق النفقة الواجب على الابن لأبيه ، ولذلك لم يكن المعلم البريهوني وتلاميذه مدرسة بالمعنى الحديث بل أسرة بمعناها الصحيح .

وانا لنجد لهذا الوضع العائلي صورة أكثر قوة ووضوحاً عند الهنود في الروابط القانونية بين المعلم البرهمي وتلاميذه ، فهو لا يقبض منهم أجراً عاجلاً على ما يتلقونه من تعاليمه الدينية ، ولكن القانون الهندي يحتفظ له في مواضع كثيرة من نصوصه بحق الميراث في أموالهم بعد وفاتهم ، بل ان هذا الميراث ينتقل بين أعضاء المعهد الواحد تنقله بين أفراد العشيرة الواحدة . فقد قررت النصوص البرهمية ، ومنها ما هو منسوب الى مانو ، ان الميت « اذا لم يكن له ولد ذكر ورثه أقرب أقربائه ، وان لم يكن له أقارب فعلمه الديني ، وان لم يكن فتلميذه الذي تلقى عنه » ، ويضيف الشراح الى ذلك أنه اذا لم يكن معلمه وتلاميذه أحياء عند موته ذهبت التركة الى زملائه في الدراسة . وقد نظرت على ضوء هذه المبادئ

(١) Literary Fosterage راجع Maine, Early Institutions, p. 242 .

(٢) Brehons ، وكان المعلم منهم يبر عنه بكلمة Foster-father أى الأب من الرضاع ، والتلميذ يبر عنه بكلمة Foster-son أى الابن من الرضاع — انظر المرجع السابق .

بعض القضايا الحديثة في سجلات القضاء الهندي^(١).

في ارلندا وفي الهند لم تكن الصلة بين أفراد الجماعة العلمية صلة فكرية نجسب ، وانما كانت تعتبر كذلك صلة دموية . ومن الغريب أن هذا الاعتبار تطور بعد ذلك الى حقيقة ، عند ما اتجهت الأفكار الى الاعتقاد بأن العلم الديني والميل اليه والاستعداد له ، صفات وراثية تنتقل من الآباء الى أبنائهم ، وتسرى في دماء الذين تناسلوا من العلماء ، فاتتهى الأمر الى استشارهم بهذه المعاهد والجماعات الدينية دون غيرهم من أبناء الناس ، وبهذا الأسلوب تكونت طائفة دينية وراثية مقدسة ، ونشأت الطوائف الاجتماعية الأخرى^(٢) ، مما لا يزال أثره قائماً في الهند الى اليوم .

المجردة في المصور الحديث

قلنا ان الحيلة كانت تستخدم في بعض صورها وسيلة اعتبارية لتبرير بعض النظم والمبادئ المتبعة في بعض الشرائع ، وهذه الصورة أوضح ما تكون في المصور الحديثة التالية للقرون الوسطى ، ونجدها متمشية في آراء الفقهاء والفلاسفة عند بحث العلة في نظام سائد أو يجب أن يسود في القانون أو في المجتمع . من ذلك ما جاء في أقوال واضع مجموعة « قانون فريدريك » الألماني^(٣) ، تعليلاً لحق التوريث ، من « أن الوارث والميت شخص واحد وعلى ذلك يجب أن يستمر الوارث في الاستمتاع بملك الميت » ، فالعلة القانونية لحق التوريث هي وحدة الشخصية بين الحي والميت . ويماثل هذا ما يقوله فقهاء الانجليز في تبرير مبدأ

Maine, Early Institutions p. 244 (١)

Maine, Early Institutions, p. 246 (٢)

Code Frederic, part II, I, 110 p. 156 (٣) والنص المذكور في كتاب بنام —

Bentham, Theory of Legislation, translated by Damont, p. 71.

مصادرة أموال المجرم في بعض الحالات ، كما في جريمة الحياة المعطى ، من أن ارتكابها يدل على «فساد في دمه العائلي يترتب عليه إيقاف سير الارث الشرعى» ، فاذا قضى على المجرم فيها بالاعدام فلا تصير أمواله الى ابنه وتصادرها الدولة ، بل يحرم هذا الابن البرىء من ارث جده ان كان حيا ، لأن السبيل الذى تعبده الأموال من الأصل الى الفرع قد فسد بالجريمة واقطع مجراه^(١) . ويتصل بهذا الأسلوب أيضا تعليمهم لسلطة الملك وامتيازاته كاستخدام مسئوليته أمام القانون ، بأن «الملك معصوم من الخطأ»^(٢).

ونمت تعليل صورى أكثر جرأة وأكبر أثرا في نظام المجتمع السياسى ، وهو اسناد تشكيل الدولة الى « عقد اجتماعى » كله احتيال على الواقع . فالكتاب الانجليزى « هوبز » يقرر ، امعانا منه في الدفاع عن الاستبداد ، أن نظام الدولة قائم على عقد بين الناس وصاحب السلطان ، تخلوا فيه عن حريتهم الطبيعية وعهدوا الى أميرهم بكل سلطة فيهم وأفتوا ارادتهم فى مشيئته ، فلا سبيل بعد ذلك الى مقاومته لأنه يصدر فى كل أمر عن رضا سابق منهم . والفيلسوف الفرنسى « روسو » ، حرصا على سلطة الشعب وحريات أفرادهِ والمساواة بينهم ، يجعل هذا العقد قائما بين أفراد الأمة جميعا ، كل منهم تخلى فيه للمجموع عن جزء من حريته ضرورى لسلامة المجتمع ، وكان هذا فى نظره أساس الدولة وسلطان الأمة . وكلا العقدين خيال واقتراض ، فالحكم المطلق لم يبق الا على القوة المادية أو العقيدة الدينية ، والعقد الاجتماعى الذى زعمه « روسو » لا أثر له من الحقيقة

(١) وقد ألفت عقوبة مصادرة أموال المحكوم عليه فى إنجلترا بقانون صدر فى سنة ١٨٧٠ — راجع كتاب الأستاذ جودبى Goadby, Commentary on Egyptian Criminal Law, 1924, part I, p. 265.

(٢) "The king can do no wrong"

في التاريخ بل يناقضه الواقع^(١) .

ولذلك فإن كثيرا من علماء الأنجليز^(٢) قد حمل حملة قاسية على هذا التحايل في التعليل ، ووصفه بالسخافة والحذمية أينما كان يحده ، واعتبره مدعاة لتصغير هذه النظم من حيث يراد بها الاكبار والاحترام ، مع امكان تأييد كثير منها بعلم معقولة راجعة الى الصالح العام . ويسلم غيره من الكتاب بأنه لا يجدر بأمة حديثة أن تلجأ الى أسلوب فطرى كالحيلة لتقرير مبدأ صالح أو لتعليل نظام سليم^(٣) .

ومع هذا فإن التشريع الحديث لم يقطع كل صلة بالاقتراض تمايلا على الواقع أو على القانون ، وقد كانت الحيلة في العصور القديمة في الغالب أداة يستعين بها القضاة أو الأفراد لتعديل حكم النصوص أو توسيعه ، فإذا بالحيلة في العصر الحديث مقررة في النصوص مع اشتهار مخالفتها للواقع للموس ، فنظام التبني واردة أحكامه ونتائجه في معظم القوانين الحديثة ، والشخصية المعنوية التي تتمتع بها بعض الجماعات أو الهيئات منظمة في التشريع الحديث ، وهي افتراض ورثه العصر الحاضر من القانون الروماني . ولم يعدم قانوننا المصري الحالي قواعد مستندة الى الحيلة ، فقد نص في موضع من القانون المدني^(٤) ، على أن الهبة يجب أن تكون في عقد رسمي والا كانت باطلة ، ما لم تكن قد وضعت في صيغة عقد آخر ، وبهذا النص أفسح القانون سبيل الحيلة لمخالفة أمره وتعديل حكمه .

(١) Vidal et Magnol, Droit Criminel, 1928 p. 59.

(٢) Bentham, Theory of Legislation, p. 71 et s. وقد جاء بهذه التعليلات المختلفة وتناولها بالتقد والتحكم .

(٣) Maine, Ancient Law, p. 32.

(٤) مادة ٤٨ مدني أهلي و ٧٠ مدني مختلط .

مبادئ العدالة

تعريف العدالة — مصدر العدالة — في القانون الروماني — نظرية القانون الطبيعي —
في القانون الانجليزي — العدالة في الشريعة الاسلامية — العدالة والقانون الطبيعي في
المصور الحديثة .

تعريف العدالة

توسع بعض المؤرخين في معنى الخيلة فاعتبره شاملا كل اصلاح أو تغيير في
القانون مع الاحتفاظ بنصوصه ، وأطلقه على جميع مبادئ الفقه الروماني وعلى
أحكام القضاء الانجليزي ، وقد كان لكل من اراء الفقهاء عند الرومان وأحكام
القضاة عند الانجليز قوة واحترام لا يقلان عن قوة القواعد الصادرة من سلطة
تشريعية والاحترام الواجب لها في المحاكم ، فان الواقع في الحالتين أن القانون قد
تغير والاقتراض أنه باق على حاله ^(١) . لكن كثيرا من القواعد الجديدة التي
وصل اليها الفقه في روما والقضاة في انجلترا لم يكن تحايلا على نصوص القانون
وتقاليده ، بل كان مبنيا على النظر العقلي ومستمدا من مبادئ العدالة ^(٢) ،
وهذا هو العامل الثاني في تطور النظم القانونية وتهذيبها .

ومبادئ العدالة هي تلك القواعد القائمة الى جانب قواعد القانون الأصلي
مؤسسة على وحى العقل والنظر السليم وروح العدل الطبيعي بين الناس ، والتي
ترمي الى تعديل قواعد القانون أو الحلول في مكانها ، بفضل ما فيها من القوة
المعنوية المستمدة من سمو مبادئها .

Maine, Ancient Law, p. 81 (١)

Pollock, Notes on Ancient Law, p. 46 (٢)

تختلف هذه الوسيلة عن الحيل القانونية بأنها تتدخل في تطبيق القانون بصورة مباشرة وتعدل في أحكامه صراحة ، أما الحيل فأنها تصل ، بصورة مستورة غير مباشرة ، الى تغيير القانون في معانيه مع احترام نصوصه ظاهرا . وتميز العدالة عن التشريع بأن قوتها لا تستند الى هيئة حاكمة أو سلطة تشريعية ، وإنما تستند الى طبيعة مبادئها وسلامتها من حيث اتفاقها مع العقل والعدل والأخلاق . وهي تتصل بدور اجتماعي حديث اجترأ فيه الناس على تقاليدهم ، وعمدوا الى مخالفة النصوص صراحة متى ظهرت لهم معالم الشدة والظلم في أحكامها ، فلا بد أن يكون لاحقا للدور الذي نشأت فيه فكرة الحيل القانونية ، حين كان الناس يقدسون النصوص والتقاليد ، ويحتالون على نتائجها من طريق الافتراض .

مصدر العدالة

عمت هذه الوسيلة الشعوب التي تطورت شرائعها في العصور القديمة ، واستقت مبادئها من مصدر واحد وهو العقل وشعور العدل في النفس ، ولكن هذا المصدر الفرد اتخذ باختلاف الشعوب صورا مختلفة ، فقد كان مصدر العدالة عند الرومان « قانون الشعوب » ، وكان مصدرها عند اليونان « قانون الطبيعة » ، ثم أصبح هذا « القانون الطبيعي » صورة لمصدر العدالة عند الرومان منذ بدء العصر العلمي ، وكان مصدرها عند الإنجليز « ضمير الملك » ، أما مصدر العدالة في الشريعة الاسلامية فهو العقل وحكمة التشريع في الاسلام . وسنرى تفصيل ذلك كله في بيان أثر العدالة في تطور هذه الشرائع المختلفة كما يلي :—

العدالة في القانون الروماني

كان الرومان يعتبرون أن علاقاتهم ومعاملاتهم خاضعة لنوعين من القوانين ، القانون القومي الذي تكون من نظمهم وتقاليدهم ، والقانون المستمد من المبادئ

السائدة في جميع الأمم . وتأيدا لهذا نصت إحدى مدونات الإمبراطور « جستنيان » ، على « أن كل الشعوب التي تخضع للقوانين والعادات إنما تخضع في جزء من أحوالها للقوانين الخاصة بكل شعب ، وتخضع في جزء آخر لتلك القوانين العامة على النوع الانساني . فالقانون الذي يضعه كل شعب لنفسه يسمى « قانونه المدني » ، والذي يبينه العقل الطبيعي للانسانية كلها يسمى « قانون الشعوب » ، لأن جميع الشعوب تعمل به ^(١) . أما النوع الأول عند الرومان ، أي القانون المدني ، أو قانون الرومان ، فهو ينحصر في قواعد الألواح الاثني عشر والنصوص التي صدرت مكتملة له ، وهو مخصص لأهل مدينة روما ينفردون بنظمه واجراءاته . وأما النوع الثاني ، وهو قانون الشعوب ، فهو الذي أنشأه في الدولة الرومانية الحاكم القضائي مستخلصا اياه من المبادئ العامة المتبعة في مختلف الشعوب ، ومن هذا اتخذ اسمه الذي عرف به . ومن هذه المبادئ العامة التسليم بصفته سببا كافيا لنقل الملكية دون اجراءات شكلية أخرى ، والاستيلاء ، والاضافة كطريقين لا اكتساب الملكية ^(٢) . وترجع ظروف انشائه الى العهد الذي لم يكن فيه للأجانب الذين نزحوا الى المدينة الرومانية ، رغم استقرارهم فيها وتبادلهم وأهلها المصالح المختلفة من تجارة وتعامل وتزواج ، حق الاحتماء بقانون المدينة والاشتراك في نظمه واجراءاته . وقد قصت الضرورة ، صونا لمصالح الأجانب والرومان جميعا ، أن تنظم العلاقات الاقتصادية والمعاملات التجارية والصلات الشخصية بين القاطنين في المدينة من رومان وأجانب على اختلاف أجناسهم ، ومن أجل هذا عهد بتلك الشؤون الى حاكم قضائي ^(٣) أنشئت وظيفته خصيصا لها ، فأخذ في اقتباس

(١) Institutions ونس هذه الفقرة مترجم الى الانجليزية في كتاب الأستاذ « مين » المشار اليه في المرجع السابق ص ٤٩ .

(٢) هذه المبادئ الثلاثة من القواعد التي لا يقرها قانون الرومان القديم .

(٣) وأطلق عليه اسم « بريطور الأجانب praetore peregrinus » ، وقد أنشئت وظيفته في روما حوالي منتصف القرن الثالث قبل الميلاد .

القواعد العامة العادلة التي تقرها جميع الشعوب المجاورة ، والعادات التجارية للبتعة بين الأجانب المقيمين في روما .

واستجمع مع الزمن طائفة كبرى من المبادئ العملية الخالية من الصبغة الشكلية ، والملائمة لأفهام الناس ولو تنافرت صفاتهم القومية . ومن المؤكد أن هذه الطائفة لم يصدر بها أو ببعضها تشريع روماني ، بل كانت ثمرة النشاط القضائي ، كما أنها كانت قائمة على حاجات عملية لا على نظريات فلسفية ^(١) .

كانت قواعد قانون الشعوب في مبدأ أمرها سارية على الأجانب في روما دون قواعد القانون المدني الذي اختص به الرومان دون غيره . أما لأن الرومان كانوا يعتزون بجنسهم ويعتبرون الأجانب أدنى منهم مرتبة ويرون في مشاطرتهم نظمهم وطقوسهم تحقيرا بها ^(٢) ، وأما لأن إجراءات الرومان في العقود والعاوى وتبادل الأموال كانت في الأصل ذات صبغة دينية وقومية ، وكان قوامها عبارات وإشارات رسمية دقيقة أقل خطأ فيها يضيع كل أثر لها ، فلم يكن من المستطاع اشتراك الأجانب فيها على اختلاف أديانهم ولغاتهم وتقاليدهم ^(٣) .

ولما تكامل قانون الشعوب على يد « البريتور » الخالص بالأجانب ، وأصبح أهلا لضبط جميع المعاملات والروابط القانونية ، وتفوق على القانون المدني بعدالة مبادئه وبساطة إجراءاته وخلوه من التعقيد الشكلي ، لم يجد « البريتور » الخالص بالرومان بدا من أن يستعير بعض مبادئه ، وأن يقرها على الرومان في تصرفاتهم ودعاويهم . ثم شعر الفقهاء في العهد الأخير من الجمهورية بالحاجة إلى تطبيق نظم قانون الشعوب على الرومان أنفسهم بدلا من القانون الروماني المتيق ، واستعان الخطيب الفيلسوف « سيسرون » ، للوصول إلى ذلك ، بمذهب القانون الطبيعي الذي استحدثته الفلسفة اليونانية ، وبإسناد قانون الشعوب إليه . وكان

Bryce, Studies in History and Jurisprudence, Vol. II, p. 133-135. (١)

Maine, Ancient Law, p. 53 — Bryce, Studies, p. 130. (٢)

Pollock, Notes, p. 74. (٣)

للتقافة اليونانية في ذلك العهد مكانة خاصة في نفوس الرومان ، نظرا لفتور الايمان بالأديان القديمة في قلوب المتعلمين منهم وشعورهم بالحاجة الى بديل عنها في حكمة اليونان ^(١) . فارتفع شأن قانون الشعوب واندمج في القانون الطبيعي ، وأصبح المثل الأعلى الذي يجب أن تنسج عليه نظم القانون المدني .

(٢) نظرية القانون الطبيعي

كان علماء اليونان يبدأون في وضع مذاهبهم بتأسيسها على الأشياء المادية ، ثم يتوسعون في تطبيقها على الأمور المعنوية ، كما تقدم في نظرية الآلهة ، اذ جعلوا كل اله منهم موكولا اليه حادث من حوادث الطبيعة المادية ، ثم زعموا أن المعاني النفسية ، كالْحكمة والعدل ، يتولى أمرها آلهة مختصة بها . كذلك وضعت نظرية القانون الطبيعي : فالطبيعة — أو الكون المادى — بما تحويه من الاجرام والكواكب والمخلوقات ، تسير على نظام ثابت محدود ، يوحى بأن قوة قاهرة توجه حركاتها ، وتتحكم في ظاهراتها ، ومعنى هذا أن الطبيعة تخضع لناموس أو قانون خاص ينظمها . ثم ضم الفلاسفة بعد ذلك الى الكون المادى الكون المعنوى — الذى يشمل أحوال الانسانية من ميول ودوافع وشهوات ومن أفكار وجهود وعلاقات ، وكلها في جوهرها متماثلة في أفراد البشر — باعتباره خاضعا لقوة مفكرة تكونهم وتوجه نشاطهم الجسمى والنفسى على مبادئ محددة ولغايات معينة ، فاذا أطاع المرء هذه القوة المفكرة اتخذت دوافعه وجوده سبيلها الصحيح المستقيم . فالقانون الطبيعي من الوجهة المادية هو النظام الذى ينفذ حتما في الطبيعة أو العالم المادى ، وهنا ما لا شأن لنا به في هذا المقام ، ومن الوجهة المعنوية هو المبادئ

(١) Bryce, Studies, p. 138

(٢) Droit naturel نسبة الى الطبيعة Natura أى الكون Univers, Kosmos

التي يوحى بها الطبيعة أو خالق الطبيعة الى أبنائها من النوع الانسانى^(١) ، وكلتا الوجهتين تدوران حول فكرة واحدة وهى أن العالم يحيط به قوة مفكرة تنظم أموره وترقب أحواله .

نجد هذا التفكير سائدا فى المأثور من أقوال الأقدمين من فلاسفة اليونان وشعرائهم مثل صوفوكليس وسقراط وأفلاطون وأرستطاليس ، كلهم يفرقون بين القوانين أو التقاليد القومية التى وضعتها كل مدينة أو كل جماعة لنفسها ، وبين القانون الطبيعى أو العدل المطلق الذى توحى به الإرادة الالهية الى الانسانية ، وهو يمتاز عن كل قانون وضعى بأنه أقدم عهدا وأسمى منزلة وبأنه عام على أفراد النوع الانسانى وخالد على عمر الزمن^(٢) .

(١) ويظهر الفرق بين الوجهتين فى المثل الآتى : من يضع أصبعه فى النار يجد فى الألم الذى يصيبه النتيجة الحتمية لقانون الطبيعة ، ومن يسرق مالا لاخر فهو يخالف القانون الطبيعى ولو أنه قد يعرف أمره ويعاقب وقد لا يعرف ولا يعاقب .

(٢) يذكر الشاعر اليونانى صوفوكليس Sophocles فى قصته للسماة Antigone « أن قوانين الأخلاق صادرة من الآلهة لا من الانسان الفانى ولا يستطيع النسيان أن يؤثر فى يقظتها » . ويؤثر عن سقراط قوله عن نفسه بأنه ملزم بطاعة الإرادة الالهية دون ارادة سلطات الدولة ، وأن هذه الإرادة الالهية تصل مباشرة الى شعوره الداخلى وهى العليا أمام ضميره . ويؤثر عنه فى موضع آخر مقارنته بين قوانين المدينة وبين قوانين غير مدونة طاعة على جميع البلاد وهى التى وضعتها الآلهة للحياطات الانسانية . ومثل ذلك منسوب الى أفلاطون Platon اذ يوازن بين العدل المطلق والقانون الصالح وبين التقاليد والقوانين القائمة فعلا فى البلاد المختلفة . ويشير الحكيم ديموستين Demosthenes الى أن القانون العام الذى وضع للانسانية يبيع للرجل أن يدافع بالقوة عن ماله . أما أرستطاليس Aristotle فهو يقسم العدل الى نوعين ، العدل الطبيعى والعدل القانونى أو العرفى ، فالأول عام أعدته الطبيعة لجميع الناس ، والثانى خاص وضمت كل دولة لنفسها ، ويرد الفيلسوف على المعارضين الذين ينكرون وجود شيء اسمه العدل الطبيعى لأن العدل ليس واحدا فى كل مكان بينما ظاهرات الطبيعة واحدة فى كل مكان ، يرد على ذلك بقوله أن هذا الاختلاف صحيح غير أنه كما أن البدع المحيى فى طبيعتها أقوى من اليسرى رغما من وجود أفراد يستخدمون أيديهم اليسرى ، كذلك القواعد الطبيعية أسهى من القواعد الوضعية وسائدة فى كل مكان رغما عن تطبيق مبادئ مخالفة لها فى بعض البلاد . راجع فى هذه الأقوال Bryce, Studies ١٢٣ — ١٢٦ .

ثم تناول هذه الفكرة بعد ذلك طائفة من الفلاسفة ، أطلق عليهم اسم «مدرسة الزهد»^(١) ، وصاغوها في نظرية قوية الدعائم سامية المعاني ، وبالأخص في جانبها الخلقى . فقالوا بأن العالم تتملكه روح قاهرة السلطان ينظر إليها من ناحيتين ، ناحية « القوة العالمية » التى تبرز في نظام العالم الخارجى أو المادى ، وناحية « العقل العالى » أى « العقل الالهى » الذى يوحى بمبادئ القانون الطبيعى ، والذى ينم الانسان بجزء منه يودع في نفسه ويتولى قيادة قواه المختلفة فيهدىها الى الطريق السوى ، بحيث اذا سلكه فقد أطاع طبيعته الحقيقية ، وعاش حياته الطبيعية المثلى . ولذلك كان أقدم واجب على الانسان أن يهتدى الى مبادئ العقل العليا أو مبادئ القانون الطبيعى وأن يسير على هده ، والسبيل الى ذلك أن يعيش طبقا للطبيعة ، فى بساطة الحياة ، وفى الترفع عن مستوى التقاليد الشكلية والرميزات المعقدة المضطربة والمظاهر الكاذبة ، الى المستوى الطبيعى الذى ينال بضبط النفس وانكار الذات وكبح الشهوات ، هذا واجبه وسعادته معا ، لأن فيه خضوعا لوحى الطبيعة أو العقل الذى خلق كل شىء طبقا لارادته والذى به يصل كل شىء — اذا انسجم عليه — الى صحيح غايته والى ذروة سعادته . ومن هنا جاءت « فلسفة الزهد » اليونانية التى انتشرت فى الرومان على اختلاف طبقاتهم ازاء الترف والاسراف فى اللذات من طريق استعباد الشعوب بالاستعمار واستعباد الأفراد بالرق ، والتى قامت على عدد أربعة من الفضائل ، وهى الحكمة والاعتدال والشجاعة والعدل ، والفضيلة الأخيرة منها أساس القانون الطبيعى^(٢) .

(١) Stoicism ، وقد سميت كذلك نسبة الى Stoa ومعناها الباب ، لان أول دعاتها زينون zeno الفيلسوف اليونانى كان يلتقى تلاميذه ومريديه تحت أحد أبواب مدينة أثينا ، حوالى القرن الثالث قبل الميلاد

(٢) راجع فى بسط هذه النظرية . Bryce, Studies in History and Jurisprudence . p. 112 et s. Lee, Historical Jurisprudence, p. 255 et s. Sherman, Roman Law, V. I, p. 57 et s. Malue, Ancient Law, p. 48 et s. Pollock, Notes, p. 74 et s

ذلك مذهب القانون الطبيعي الذي انتقل الى الدولة الرومانية في قالب مذهب خلاب على لسان « سيسرون » القائل بأن في العالم « قانونا صحيحا مطابقا للطبيعة ساريا على جميع الناس ثابتا أبديا يتولى الله تأييده وعقاب من يخالفه »^(١) . وقد جعله أساسا فلسفيا لقانون الشعوب ، فارتفع أفق البحث الفقهي ، واتسع نشاط « البريتور » في تطبيق مبادئه على الرومان أنفسهم ، وكان تقدم القانون الروماني على أثر ذلك في خلال الامبراطورية الأولى سريعا مذهشا ، اذ تبسّطت النظم القانونية وتجردت من المظاهر الشكلية والاجراءات الرسمية ، وأصبح حسن النية أساسا للمعاملات بين الأفراد ، وأزيلت الفوارق بين طبقات الأشخاص المختلفة ، من رومان ولاتين وأجانب ، ومن حر أصيل وحر معتوق ، ومن نبلاء وعامة ، كما أزيلت هذه الفوارق بين طبقات الأموال من نفيسة وغير نفيسة ، وبين أصناف الأراضي من ايطالية واقليمية ، وبين طرق نقل الملكية من اشهاد وتسليم ، وبين أنواع القرابة من مدنية مؤسسة على سلطة الأب وطبيعية قائمة على صلة الدم . وكانت هذه العملية المطردة ، عملية التسوية بين العناصر المختلفة والقضاء على الفوارق الشاذة فيها ، تسمى « العدالة » ، أى تعادل الأمور ووضعها

(١) Cicero, de office , راجع Walton, Introduction to Roman Law, p. 356

وجوهر نظرية القانون الطبيعي التي وصفها سيسرون لقومه قائم على أن القانون الطبيعي أساس المبادئ الحقيقية والقانونية وعلى أن الانسانية جماء أمة واحدة يستوى أفرادها في نظر الطبيعة ويسودهم قانونها على السواء ، وهو قانون الشعوب الذي تتبعه جميع الأمم لاتفاقه مع العقل والذي يستمد قواعده وتقاليده من ارادة الانسانية وقبولها العملي . وهذه الفكرة الأخيرة تتفق مع النظرية الحديثة القائلة بأن الأمة مصدر القانون ، وقد لاحظ سيسرون في بعض كتاباته De officio ان ما اتفقت عليه الأمم يجب أن يستبر من القانون الطبيعي . فاذا كان القانون الطبيعي من الناحية الفلسفية مستمدا من الله أو من الطبيعة ، فهو من الناحية التاريخية صادر من اجماع الشعوب ، وكان هذا أول عهد عند الرومان . راجع Bryce ص ١٣٩ وما بعدها .

مستوى طبيعى واحد^(١) ، وقد كان هذا معناها القديم فى العهد الذى استمدت فيه العدالة نشاطها من قانون الشعوب ، فلما اتصلت بالقانون الطبيعى وانتسبت اليه اتخذت معنى خلقيا جديدا يفيد العدل أو وحى العقل والضمير الشريف .

يتبين مما تقدم أن مبادئ العدالة عند الرومان كانت فى أول عهدها مقتبسة من قانون الشعوب ، ثم اعتبر مصدرها القانون الطبيعى منذ القرن الأخير من الجمهورية ، عندما سوى الفقهاء بينه وبين قانون الشعوب بوصفه « مجموعة المبادئ المطابقة للعقل والمقبولة عند جميع الأمم »^(٢) . ولكن هذين المصدرين يختلفان فى الحقيقة ، لأن كثيرا من المبادئ الخلقية التى عليها القانون الطبيعى لا تجد تأييدا من قانون الشعوب ، ولأن كثيرا من النظم التى يقرها قانون الشعوب يأباه العقل وتنبذها العدالة الطبيعية ومثال ذلك الرق والأسر ، وقد جاء فى أكثر من موضع من مجموعة جستنيان المسماة « بالنظم » ، أن الناس جميعا خلقوا أحرارا بمقتضى القانون الطبيعى ، وأن الرق والأسر مخالفان لهذا القانون ، ولكنهما تولدا عن الحرب وأصبحا جزءا من قانون الشعوب ، ولذلك فهو يفرق بين الأحرار والارقاء والمتقاء^(٣) ، خلافا لقانون الطبيعة الذى جعلهم سواء .

العدالة فى القانون الانجليزى

عرفنا كيف كان مصدر العدالة عند الرومان وفعالها فى قواعد القانون الرومانى . ولم يكن أثرها فى القانون الانجليزى القديم أقل من ذلك ، فقد انتقل مذهب القانون الطبيعى من الأدب اليونانى والفقهاء اللاتينى فى خلال القرون

(١) Equité, Equity من الكلمة اللاتينية Aequitas ومعناها الأصلية نسوية أو توازن

أو تماثل Nivellement, Levelling راجع Maine, Ancient Law, p. 63

(٢) Gaius, Ins, 2,1,1,1 راجع مبادئ القانون المؤلف من ٧٢ .

(٣) Ins. de Justinien, titres 1 et 5, Pollock, Notes on Ancient Law, (٣)

p. 76 et 76.

الوسطى^(١) الى اذهان الفقهاء والقضاة فى إنجلترا ، حيث كان القانون الانجليزى القديم^(٢) مكونا من نصوص وتقاليد ضيقة عتيقة ، ولم يكن لحاكم الملك العادية أن تحيد عنه ولو كان مخالفا للمل فى ذاته . فأخذت مبادئ العدالة تتدخل فيه منذ القرن الثالث عشر على يد مستشار الملك الذى انتهى فى القرن الرابع عشر الى تشكيل محكمة خاصة برئاسته^(٣) ، يقوم فيها بإدارة القضاء مستندا الى العقل دون القانون . على أن مبادئ العدالة فى إنجلترا ، وان تشابهت معها فى روما من حيث قيامها على حاجات عملية وعلى سنة التطور الاجتماعى ، ومن حيث انتسابها فى الوقت ذاته الى أساس نظرى لا صلة له بحقيقة هذا التطور ، فانها تختلف عنها فى صورة هذا الأساس . فقد ظهر بما تقدم أن فقهاء الرومان ، بغية تبرير ما أحدثه « البريتور » من الإصلاح فى القانون ، استعاروا مذهب اليونان فى القانون الطبيعى مصدرا لمبادئه الجديدة . أما فى إنجلترا فقد وضعوا لهذا المصدر تصورا

(١) وضعت نظرية القانون الطبيعى خلال القرون الوسطى فى صيغة دليقة بجملة ، فقد مزج علماء الدين المسيعى بين قانون الطبيعة وقانون الله ، وأتواهم تشير صراحة الى أن « القوانين الانسانية تستند الى التقاليد وأن القوانين الالهية تستند الى الطبيعة » ، وأن « الطبيعة أو القوة التى تخضع لها كل الأشياء إنما هو الله الذى خلق العالم » ، وأن « القانون الطبيعى كتبه الله على قلوب الرجال » ، وأن « القانون الأبدى هو الصادر عن ارادة الله فالجزء الذى لم ينزله الله فى كتبه على عباده يعرفه الرجل بقله وهذا الجزء هو القانون الطبيعى » — أنظر بياننا وإغيا للدينين الذين تناولوا هذا المذهب فى كتاب Bryce السابق الإشارة اليه ص ١٥٧ .

وربما كانت هذه الصيغة الكنسية التى صيغت فيها نظرية القانون الطبيعى فى القرون الوسطى سببا فى عدم الاستناد اليها صراحة فى أحكام العدالة عند الانجليز فى عهدنا الاول ، وفى الاعتماد على نظرية أخرى تجمل « ضمير الملك » مصدرا للعدالة كما أتى بعد .

(٢) Common Law أى القانون المادى للكون من نصوص وعادات طامة على جميع البلاد فى إنجلترا ، ويسمى أيضا Strict-Law أى القانون الضيق أو الدقيق نظرا لشدة قواعده واجراءاته .

(٣) Chancery Court راجع شيرمان Sherman الجزء الأول ص ٣٦٣ .

آخر ، رأوا فيه تزكية لمبادئ العدالة وتعليلًا لوجوب تفوقها على قواعد القانون العادى برغم ماله من حرمة ومكانة ، وهو تصوير راجع الى ما للملك من الجنى الأسمى فى الرقابة على توزيع العدل بين رعيته ، ومن سلطة القضاء — بمشورة مستشاره أو بواسطته — اما طبقا للقانون العادى واما طبقا لمبادئ العدالة التى يرشده اليها وجدانه ، وهذا مصدر العدالة عند الانجليز عملا بالنظرية القائلة بأن « العدالة تسيل من ضمير الملك »^(١) . ولذلك كانت محكمة العدالة التى يرأسها المستشار يطلق عليها اسم « محكمة الضمير » اضافة الى ضمير الملك^(٢) ، بل كان المستشار الملكى يسمى « حافظ ضمير الملك »^(٣) . وعلى هذا الاعتبار كان الافراد يلتجئون الى عدالة الملك خشية الأحكام الظالمة التى قد تصدر فى دعاويهم من المحاكم العادية اذا اتبعت قانون البلاد ، ويرفون مسائلهم الى محكمة المستشار فيصدر فيها من الأحكام ما يقتضيه العقل والعدل وطهارة الضمير فى كل قضية ، دون أن يتكلم المستشار فى أول عهده بالقضاء عن نظرية القانون الطبيعى أو ينسب مبادئه اليها ، وذلك لأن القانون الطبيعى كان فى القرون الوسطى متصلا اتصالا وثيقا بالقانون الكنسى ، وكان القانون الأخير غير حائز لمعطف الانجليز من غير رجال الدين ، للنفاضة بين محاكمه ومحاكم الملك فى التنفيذ القضائى ، ولما كان يجرمه من تدخل الكنسين الأجانب فى الإيرادات والمنافع العامة^(٤) .

وقد وصل مستشار الملك بالتدريج الى تكوين مجموعة من القواعد والأحكام

(١) "Equity flows from the king's Conscience" راجع Maine, Ancient Law

ص ٧٢ .

(٢) "Court of Conscience" راجع Bryce ص ١٦٤ .

(٣) "Keeper of the King's Conscience" راجع Sherman ص ٣٦٣ .

(٤) Pollock, Notes, p. 78

أضطر بعد كثرتها الى اتباعها والتقيدها ، وصار بجانب القانون الضيق الذى كانت تطبقه المحاكم العادية قانون آخر مصدره محكمة المستشار سمي بقانون العدالة^(١) ، واستمر هذان النظامان فى تنافس مدى قرون عدة ، حتى صدر فى سنة ١٨٧٣ قرار تشريعى سمي بقرار القضاء^(٢) ، قضى على هذا الأزدراج بأن ألغى من القانون العادى كل ما يخالف قانون العدالة .

العوامل فى الشريعة الاسلاميه

ظهرت فى الاسلام ، مع اتساع دولته وتغير الأحوال الاجتماعيه فى شعوبه وتنوع للمعاملات والعلاقات بين أفرادها ، حالات جديدة لم يرد عنها نصوص خاصة فى الكتاب والسنة ، وقد وصل المجتهدون والفقهاء فى خلال عصور الشريعة الإسلامية الى مثل ماوصل اليه فقهاء الرومان وقضاة الانجليز من مواجهة الحالات الجديدة بنشاط فقهي أفضى الى تعديل القواعد الشرعية ، أما بتوسيع نطاقها أو بتخصيص حكمها أو بإضافة مبادئ جديدة اليها ، تبعاً لتطور المجتمع ولشعور العدالة فى النفس . وليس المقصود بالعدالة هنا تلك النظرية التى استمدها الرومان من الفلسفة اليونانية أو التى أبتدعها الانجليز أصلاً لمبادئهم القضائية ، وإنما هى العدالة التى يرشد الى مبادئها العقل وحكمة التشريع المستمدة من روح النصوص ومن تطور الحياة الاجتماعية^(٣) . وقد أطلق على هذا الأسلوب فى الشريعة الإسلامية

(١) "Equity Law" ، ومبادئه كانت تتفق أحياناً وتختلف أحياناً أخرى مع قواعد القانون العادى ، من ذلك أن التمهيد للكتايب الذى لم يوفر سببه ملزم للمدين فى القانون المادى غير ملزم له عدالة . وسنرى تفصيلات أخرى فى الاختلاف بين القانون عند دراسة تاريخ الشريعة الانجلوسكسونية . انظر Jenks ص ٢٢٠ .

(٢) "Judicature Act" ، راجع شيرمان Sherman الجزء الأول ص ٣٨٥ .

(٣) ومع هذا فانا نجد فى فلسفة الفقه الإسلامى من النظريات ما يكاد يتعدى فى جوهره مع فلسفة الزهد ومنهجه القانون الطبيعى ، سواء أكان ذلك من الجانب الخلقى أم من الجانب =

اسم « الرأي » وبدأ العمل به من عهد الخلفاء الراشدين فأصبح مصدرا من

== القانوني : فقد جاء في الفقه الشرعي أن الفضائل متعصرة في التوسط بين الإفراط والتفريط ، لأن رؤوس الفضائل أربع وهي الحكمة والعفة والمجاعة والمدالة . وتفصيل ذلك أن الله تعالى قد ركب في الانسان ثلاث قوى ، الأولى مبدأ ادراك الحقائق والنظر في العواقب والتمييز بين المصالح والمفاسد ويمر عنها بالقوة العقلية ، والثانية مبدأ جذب المنافع وطلب الملاذ ويمر عنها بالقوة الشهوانية أو البهيمية ، والثالثة مبدأ الاقدام على الأحوال والشوق الى التسلط ويمر عنها بالقوة الفضية . وفي كل من هذه القوى قد يكون الانسان معرضا للإفراط أو التفريط في استعمالها أى للإسراف فيها أو لإهمالها ، والتوسط بين الأمرين منطاط الفضائل السابقة . فالحكمة نتيجة تهذيب للقوة العقلية والتوسط بها بين الجزية واللباوة ، والجرية استهلاك الفكر فيما يتجاوز حده ومداة ، كالبحت في المناجبات وتحكيم العقل في مسألة القضاء والقدر وفي مسألة المبدأ والمعاد ، وانكار العرائع وغير ذلك مما لا ينفع ، والنباوة هي تعطيل القوة الفكرية بالارادة والوقوف عن اكتساب العلوم النافعة . والعفة نتيجة تهذيب للقوة الحيوانية والتوسط بها بين الخلاعة أو الفجور وبين الخود أو السكون . والشجاعة تهذيب للنوة الفضية والتوسط بها بين التهور والجبن ، حتى يكون فعلها جيلا وصبرها محمدا . فالأطراف رذائل والأواسط فضائل . وإذا امتزجت هذه الفضائل الثلاث مما حصل من مجموع امتزاجها فضيلة رابعة تسمى المدالة أو الوساطة ، وهي الثبات على الحق والطريق المستقيم والترفع عن جانب الباطل ، وبها تصل النفس الى كمالها اللائق بها ومقصدها الموجهة اليه في الحياة .

وقد قرر علماء الأصول في الاسلام بعد الانتهاء الى فضيلة المدالة والى أنها ليست ثابتة لكل واحد من الائمة ، ان الله تعالى أثبت المدالة لمجموع الائمة في قوله الكريم « وكذلك جعلناكم أمة وسطا لتكونوا شهداء » وفي قوله « كنتم خير أمة . . . » ، وأن هذه الفضيلة تجمل للإجماع وأحكامه حجة على الأفراد وسلطانا ، لأنها صادرة عن المدالة — انظر كتاب التلويح والتوضيح — لصدر الصريمة — جزء ٢ ص ١٠ ، وقارن ما تقدم في فلسفة الزهد ص ٧٨ ، ٧٩ وهامش ١ من الصحيفة الأخيرة .

هذا فيما يختص بلجانب الحقن مع ما يؤدي اليه من التسليم بقوة الاجماع . أما عن الجانب القانوني فإن من أهمات المسائل عند الأصوليين ورجال الفقه الاسلامي ، مسألة ما اذا كانت الأحكام — أو بمباداة أدق أحكام الله — تصرف من طريق الشرع لا من طريق العقل ، أم تصرف بالعقل قبل نزول الشرع الالهي بناء على ما يدرك من صفات الحسن والقبح في الأفعال الانسانية . ذهب بعض العلماء الى أن الحسن أو القبح لا يثبت الا بأمر الشارع أو نهي ولا سبيل للمقل اليه قبل ذلك ، بناء على أن الحسن أو القبح ليس صفة ذاتية في ==

مصادر الاحكام الشرعية^(١)، ثم اتسعت دائرة في المصور التالية مع تجديد أحوال الناس وتقدم البحوث الفقهية .

ومن هذه الأحكام الشرعية التي استنبطها المجتهدون والفقهاء بالرأى ما يرجع الى القياس ، ومنها ما يرجع الى العرف ، ومنها ما يرجع لا الى قياس ولا الى عرف ، وإنما الى فكرة العدل في ذاته . .

فالقياس هو تطبيق حكم حالة منصوص عليها على حالة غير منصوص عليها نظرا لاتحاد الحالتين في العلة ، وهنا مبنى على العقل وعلى الحكمة الباعثة على تشريع الحكم المنصوص ، وهى مصالحة يراد به تحقيقها أو مفسدة يراد انتقاؤها ، دون التقيد بعبارات النص الحرفية . من ذلك تطبيق حكم القرآن القاضى بتحريم شرب الخمر على شرب التبئذ المتخذ من غير العنب ، لاشتراكه مع الخمر فى الحكمة

= الفعل وليس أمر مستقرا تابنا فيه حتى يحكم العقل بأنه حسن أو قبيح ، وبناء على ان فعل الانسان اضطرادى لا اختيار له فيه ، والمقل لا يحكم باستحقاق الثواب أو العقاب على ما لا ارادة للفاعل فيه . وذهب سائر العلماء الى أن للأفعال حسنا او قبحا تبعا لما يطلب فيها من نفع أو ضرر للمجتمع ، وأنه يمكن للمقل وحده أن يدرك بالاستقراء هذه الصفات فى الفعل ، وبالتالي أن يدرك الأحكام المتعلقة به قبل ورود الشرائع الالهية . وقد رتبوا على ذلك أن أحكام الله عند تفسيرها منزلة على مصالح العباد ومتفقة مع ما يدركه العقل بحيث لا ترد الصريعة بطلب قبيح ولا بالكف عن حسن ، سواء أكانت هذه المزاولة تفضلا للميا كما قال أهل السنة أم واجبة كما قال المعتزلة ، ثم أضاف مذهب المعتزلة الى ذلك نتيجة أخرى اغردوا بها ، وهى أن الناس يدركهم الثواب والعقاب على ما أدركته عقولهم قبل نزول التشريع الالهى بالأمر بالأفعال الحسنة وبالنهي عن القبيحة — راجع فى ذلك أصول الفقه للأستاذ الحضرى بك ص ٢٢ وما بسدها — وقادون ما سبق يأتى عن نظرية القانون الطبيعى .

(١) تاريخ التشريع الاسلامى للأستاذ محمد الحضرى بك ص ٦٧ ، ٦٨ ، وفيه مقتبسات من أقوال الخليفة عمر بن الخطاب ومن كتبه الى من كان يوليهم من القضاء ، يوصيهم فيها باتباع كتاب الله وسنة رسوله وبالاجتهد بالرأى فيما لم يرد عنه نص من الكتاب أو من السنة .

الباعثة على التحريم وهي اتقاء الاسكار^(١) ، ومن ذلك ما قضى به أبو بكر في عهد الصحابة من أن أخوة الميت لا يرثون مع جده ، لأنه بالنسبة لهم في مقام الأب ، والأخوة لا يرثون مع الأب نصا^(٢) . وقد كان القياس أول وسيلة لجأ إليها الصحابة عند التشريع بالرأى بعد عهد الرسول عليه الصلاة والسلام .

أما بالنسبة للعرف فإن كثيرا من الأصول أو الأحكام الشرعية أصبحت مقيدة بالعرف الاجتماعي السارى في بلد من بلاد الإسلام أو في جميع بلاده ، مراعاة لمصالح الناس العامة . والأمثلة على ذلك في الفقه عديدة متنوعة ، منها أن الأصل عدم جواز وقف المنقول إلا ما كان متعارفا عليه من الأموال المنقولة ، ومنها أنه لا يجوز أخذ الأجر من العين مقابل عمل خاص بهذه العين ما لم يسر العرف على غير ذلك ، ومنها أن الأصل في النفقة الشرعية المقررة على شخص لمصلحة آخر تنحصر في تقديم الطعام والسكنى والكسوة إلا إذا جرى العرف على أدائها نقودا . والمبدأ المستخلص مما تقدم أن القواعد الشرعية قد تتمدد ، تبعا للعرف العام في البلاد الإسلامية أو للعرف الخاص في بلد منها . وقد أجاز الفقهاء ذلك نزولا على الضرورات الاجتماعية ، ومنعوا لأرهاق الناس في معاملاتهم التي تعارفوا عليها ، وتيسيرا للعلاقات بينهم ، حتى تكون الأحكام الشرعية متلائمة مع حالة المجتمع . ولهذا فإن علماء للذهب الحنفى ، وهو أكثر المذاهب الفقهية عملا بالرأى ، أقروا العرف مصدرا من مصادر التشريع وعاملا في تعديل أحكامه ما لم يصطلم بنص قطعى ، وقد أخذت به المذاهب الأخرى ، حفظا

(١) أصول الفقه للأستاذ محمد الحضرى بك ص ٣٤٦ .

(٢) تاريخ التشريع الإسلامى للأستاذ محمد الحضرى بك ص ٧١ — وقد أطلق بعض الفقهاء على القياس في تريفه عبارة « المساواة » وهي تتفق مع فكرة العدالة — انظر تاريفه المختلفة الواردة في كتاب أصول الفقه في المرجع السابق .

لصالح المجتمع ، في الاحوال التي لم يرد عنها نص صريح في الكتاب أو السنة^(١) وهناك طائفة أخرى من القواعد والنظم الشرعية ، أقرها الفقهاء من مختلف المذاهب ، لارجع الى القياس ولا الى العرف ، وانما تستند الى فكرة العدل المستمدة من العقل والصالح الاجتماعي ، سواء أكان ذلك في المسائل الجنائية أم في المسائل المدنية . من ذلك ما اتفق عليه علماء الاسلام من أن للحاكم أو القاضي سلطة التعزير على المجرمين ، اذا ارتكبوا جرائم لم ينص لها في القرآن أو السنة على حد شرعي ، وحينذاك يحدد العقوبة التي يراها واجبة طبقا لما تقتضي به العدالة وظروف كل جريمة ، وقد تركت « التعزيرات الى اجتهد الحاكم ونظره بقدر الجنائية وحال الجاني والجنى عليه حتى تقع المؤاخذه على وفق ذلك من غير حيف منه »^(٢) ، ومن ذلك أيضا المبدأ الشرعي الذي وضعه الامام ابو حنيفة بعدم جواز الحجز على شخص بسبب سفهه ، وهو تبذيره واسرافه في الاتفاق وتحمله الغبن الفاحش في معاملاته وتصرفه في أمواله لغير غرض معقول ، وقد استمد هذا المبدأ من العقل وحرية الانسان الطبيعية مادام حافظا لقواه العقلية ، لان في حجزه « الحاقه بالبهائم واهدار آدميته وهو أشد ضررا من التبذير »^(٣) ، ومن ذلك أخيرا الاحكام الشرعية المبنية على نظرية المصالح المرسلة ، التي وضعها الامام

(١) راجع تقريرا للأستاذ احمد ابراهيم ابراهيم بك وعلى بدوي في الملائمة بين الدين والقانون ؛ مقدما منها المؤتمر الدولي للقانون للفارن بلاماي سنة ١٩٣٢ ، في مجلة القانون والاقتصاد ، السنة الثانية ص ١٩٧ ، ٢٠٤ وما بعدها في القسم الفرنسي .

وراجع كذلك كتاب النفقات للأستاذ احمد ابراهيم ابراهيم بك ص ٢٤ .

(٢) تبصرة المحاكم ، لابن فرحون ، جزء ٢ ، ص ٥٩ .

(٣) الزيلعي جزء ٥ ص ١٩٢ ، وهذا الحكم مخالف للمصالحين ولشافعي فهم يقررون الحجز على السفه محافظة على أمواله ، ويستدل الزيلعي على ذلك بثبوت الولاية على السفه في قوله تعالى « ولا تؤتوا السفهاء أموالكم التي جعلها الله لكم قيساما ، ارزقوهم منها واكسوهم » وقوله تعالى « فان كان الذي عليه الحق سفيها أو ضعيفا أو لا يستطيع أن يمل هو فليمل وليه بالعدل » . الزيلعي جزء ٥ ص ١٩٣ .

مالك وأخذ بها الفقهاء من المذاهب الأخرى في بعض نتائجها على الأقل ، وهي المصالح التي لم يشهد لها نص معين بالبطلان ولا بالاعتبار ، فيفصل فيها بما يلائم مقاصد الشرع ويتفق مع العقل ، مثل الزوجة للفقود زوجها إذا اندرس خبر موته وحياته وقد انتظرت سنين وتضررت بالزوجة ، جاز تزويجها من غيره بعد أجل معين مراعاة لمصلحتها ودفعاً للضرر عنها ^(١) ، ومثل الزوجة المعسر زوجها بالنفقة جاز تطبيقها عليه بعد أن يضرب له أجل يختلف مدته باختلاف الرجال ^(٢)

يتضح من هذا العرض الوجيز لصور الرأي في أحكام الشريعة الإسلامية أن لقواعد الرأي أثر في تطور الشريعة بمثل ما كان من أثر لمبادئ العدالة في تطور القانونين الروماني والإنجليزي ، غير أن مبادئ العدالة في الشريعة الإسلامية تتميز عنها في هذين القانونين بأنها لم تنشأ منفصلة عن أحكامها الشرعية ، كحدث عند الرومان والإنجليز قبل أن تبرز قواعد القانون أو تنتصر عليه في آخر الأمر ، وإنما بدأت من عهدها الأول مندمجة في أصول الشريعة وأحكامها بصفتها جزءاً منها غير مستقل بذاته .

القانون الطبيعي والعرالي في العصور الحديثة

١ — الحقوق الطبيعية — عندما بحث النشاط الفكري في أوروبا بفعل الأدب اليوناني والأصلاح الديني أفسح لفكرة القانون الطبيعي مجالاً جديداً ، ولكنه مجال يتصل بالفلسفة السياسية أكثر منه بالفقه ، وإذا كان هذا الميدان الجديد يستمد وجوده من القانون الطبيعي السائد في الإنسانية كلها ، فإن الأبحاث التي

(١) تاريخ التشريع الإسلامي . الخضرى بك . ص ١٤٩ .

(٢) تبصرة المحاكم لابن فرحون ، جزء ٢ . ص ٥٨ . وإن كان قد جاء بهذا الحكم مثلاً لنتائج الأخذ بالسياسة الشرعية ، فإن نظرية السياسة العرفية إنما هي تكملة لفكرة المصالح المرسله كما نرى بهد في تاريخ الفريعة الإسلامية .

أثيرت فيه دارت حول أمور لم يعن بها الرومان كثيرا من الناحية النظرية ، وهي أصل القانون عامة ومصدر السلطة السياسية في الدولة ، وأساس حقها في طاعة الأفراد نحوها ، بعد أن أندثرت نظم القرون الوسطى التي كانت فيها سلطة البابا سائدة على الدول المسيحية وسلطة الأمباطور ذات صفة دينية مؤيدة من البابا .

فقد برزت مذاهب تدعو الى القانون الطبيعي الذي كان سائدا على الناس قبل تنظيم الحكومات وهم في «حالة الطبيعة» ، قانون مصدره العقل العالمى وقوامه حرية الفرد وحقوقه الطبيعية المقدسة ، التي تناقض كل نظام قائم على الاستبداد والصف ، وتجهل السلطة السياسية في كل دولة مؤسسة على اتفاق أفراد الجماعة وعلى مشيئة الشعب . وقد كانت هذه الصورة الجديدة التي اتخذها القانون الطبيعي أساسا لوثيقة «اعلان الاستقلال» الصادر في ولايات أمريكا سنة ١٧٧٦ ، كما ذاعت الدعوة اليها في أوروبا على يد الفيلسوف «روسو» دفاعا عن حقوق الفرد ومحاربة للحكم المطلق ، فكانت مبعثا للثورة الفرنسية وأساسا «لاعلان حقوق الانسان»^(١) الصادر في سنة ١٧٨٩ ، ولبادئ الحرية والمساواة والاخوة التي نادى بها تلك الثورة ، وهي مبادئ تضمنها القانون الطبيعي في صورته اليونانية والرومانية كما شملت صورته الفرنسية ، ولكنها كانت مغطاة بطبقة كثيفة من القواعد العقبية والنظم القانونية حبست قوتها السياسية قرونا طويلة حتى ظهرت بعد العصور الوسطى . ومن هذا نرى أن مذهب القانون الطبيعي بعد أن كان في خلال ألفي سنة حكمة هادئة ومثلا خلقيا يتضمن مبادئ قهية ، أصبح بعد القرون الوسطى قوة ثورية هائلة هدمت معاقل الحكم المطلق وأقامت في مكانها نظم الديمقراطية^(٢)

• • Declaration des Droits de l'Homme • (١)

(٢) راجع Bryce ص ١٦١ وما بعدها — وكذلك Maine, Ancient Law ص ٩٩ .

٢ - القانون الدولي العام — لم يقتصر سلطان القانون الطبيعي في

المصور الحديثة على قلب النظم السياسية في مختلف الدول ، بل يرجع اليه الفضل الأكبر في انشاء قانون أوسع ألقا وأعلى مكانة من قانون كل أمة ، وهو القانون الدولي العام . كانت في خلال القرون الوسطى سلطة عليا ، هي سلطة الكنيسة المسيحية ، تتدخل بنفوذها في العلاقات بين الدول الأوروبية وتقف بين ملوكها موقف الحكم . ثم زالت سياسة البابا بعد ظهور المذهب البروتستانتي في الدول الشمالية ، ودعت الحاجة الى البحث عن مصدر عام تؤخذ منه المبادئ التي تنظم الصلات الدولية ، اذ لا يمكن أن يكون هذا المصدر قانون دولة من الدول لأن هذا لا يمتدى سلطانه أراضيا . فليجأ العلماء الى القانون الطبيعي بوصفه مطابقا للعقل وصالحا للانسانية كلها ، وباعتبار أن المبادئ الأساسية الضابطة لعلاقات الأفراد تصلح كذلك لضبط العلاقات بين الدول ، وعلى هذا الأساس وضع العالم المولندي « جروتوس » في أوائل القرن السابع عشر كتابه عن « قانون الحرب والسلم » . وقد أطلقوا على مجموع هذه القواعد الدولية « قانون الشعوب » — وهو الاسم الذي أطلق على القانون الطبيعي عند الرومان في أول عهدهم به — قبل أن يتخذ القانون الدولي اسمه الحالي . ولكن هذا المصدر النظري لم يثبت الى العصر الحديث ، وأصبح القانون الدولي العام مبنيا على المعاديات التي تعارف عليها الدول في علاقاتها من جهة ، وعلى الاتفاقات العامة التي تعاهدت عليها الدول من جهة أخرى . ومع ذلك فان بعض كبار علماء القانون الدولي العام لا يزالون على الاعتقاد بوجود بقية من هذا المصدر فيما بين الدول ، لأن المبدأ الذي قرره العالم « جروتوس » ، مؤسس القانون الدولي ، بأن « القانون الطبيعي يقضى بمراعاة المبادئ » لا زال في نظر فقهاء العصر الحاضر محور الصلات الدولية ، ولأن المعاهدات والمعرف الدولي لا قيام لها اذا لم يميزها شعور العدالة والانسانية ، ولأن القانون الطبيعي أو العقل

لا يزال يمد القانون الدولي بمبادئه العامة التي تحترمها الدول دون أن تكون قد أقرتها في عرفها أو نصت عليها في معاهداتها^(١).

٣ — في القانون الوضعي — أما في القانون الوضعي الحديث فلا زالت المدالة وفكرة القانون الطبيعي عنصرا أساسيا من الوجهة النظرية وعنصرا تكيليا من الوجهة العملية . فمن الوجهة النظرية ، عدا ما تقدم بيانه عن حقوق الفرد الطبيعية ، أشاد العلماء في ألمانيا وفرنسا وإيطاليا منذ القرن الثامن عشر بالقانون الطبيعي الثابت في كل زمان ومكان ، بصفته المثل الأعلى الذي يجب على المشرع أن يستوحى منه قانونه الوضعي ، بما يهديه عقله وفكره . وقد كان لهذا المذهب أثر ظاهر في تشريع العهد الأول من القرن التاسع عشر ، حتى لقد بدا لواضعي قانون نابليون أن يجعلوا فاتحته عبارة تخلد هذا الأثر ، وهي أنه « يوجد قانون عالمي ثابت هو أصل القوانين الوضعية كلها ، ان هو الا العقل الطبيعي الذي يحكم جميع شعوب الأرض » ، ولكنهم عدلوا عنها لا لعدم صحتها بل لعدم الحاجة الى إيرادها في قانون وضعي . ولم يلبث هذا المذهب أن زال سلطانه في القرن التاسع عشر بظهور « المدرسة التاريخية » الألمانية ، التي تعتبر القانون ثمرة تطور الحياة الاجتماعية ، لا وليد نزعات المشرع ولا نتيجة مبادئ طبيعية ثابتة . ورغما عما في هذا القول من الحق ، فإن مذهب القانون الطبيعي لم ينهدم ، بل بمئه أنصاره من جديد ، في فرنسا على الأخص ، أما في صورة قانون طبيعي يتغير محتواه بتغير الأفكار والظروف الاجتماعية^(٢) ، وأما في صورة مثل أعلى للعدل يسعى المشرع

(١) راجع في ذلك مقال فيم لبرونسور سيوتو بكتور أستاذ القانون الدولي بالجامعة المصرية *Nature et Principes Essentiels du Droit International Public et Privé* par Nob. Sitto Pintor, *Egypte Contemporaine*, t 16 p. 240 et s.

(٢) « Droit Naturel à contenu variable », Saleilles, *Ecole historique et droit naturel*, *Revue trimestrielle de droit civil*, 1902, p. 81.

لتحقيقه في المجتمع عند معالجته الأحوال الاجتماعية وتطوراتها ، اذ يبين له هذا المثل الغاية التي يجب أن يرمى اليها في تشريعه ، وهي التوفيق بين حقوق الفرد ومصالح المجتمع ^(١) .

وأما من الوجهة العملية فلا زالت فكرة العدالة والقانون الطبيعي تحتفظ بنفوذها في أحكام القضاء وفي نصوص التشريع ، وللعدل انخلاق مكانه في ذهن القاضي عند تكوين حكمه ، وفي ذهن المشرع عند وضع قواعده . بل قد يمرض في الحياة الاجتماعية كثير من الحالات التي لم يتناولها نص صريح من القانون ، فلا سبيل اليها الا من طريق العدل الطبيعي . ولذلك حرم القانون المدني الفرنسي على القاضي أن يتخلى عن الفصل فيها بحجة نقص القانون أو غموضه ^(٢) ، وأمرت الحكومة البريطانية قضاتها في الهند ابان استمرارها أن يحكموا ، عند نقص القانون الساري على الخصمين ، بمبادئ « العدل والعدالة والضمير الطاهر » ^(٣) .

ولكن التشريع المصري الحديث كان أكثر صراحة في اعتماده على القانون الطبيعي لسد قصصه وجلاء غموضه ، فقد نصت لائحة ترتيب المحاكم المختلطة والقانون المدني المختلط بأنه « عند صمت القانون أو نقصه أو غموضه يجب على القاضي أن يتبع مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة » ^(٤) ، وكذلك قضت لائحة ترتيب المحاكم الأهلية بأن « يحكم بمقتضى قواعد العدل ان لم يوجد نص

(١) Capitant. Introduction à l'Étude du Droit Civil, p. 31-38 .

(٢) مادة ٤ من القانون المدني الفرنسي . وامتناع القاضي عن الفصل في الدعوى جريئة في الصرائع الحديثة وفي مصر .

(٣) Pollock, Notes, p. 78 انظر « justice, equity, and good conscience » .

(٤) المادة ٣٤ من اللائحة والمادة ١١ من القانون المدني المختلط .

صريح بالقانون^(١) .

— ٤ —

التشريع أو القرارات التشريعية

تعريفه ومقارنته — أثره في اليونان وروما — في إنجلترا — في البلاد الإسلامية —
للتشريع في المصور الحديثة

تعريفه ومقارنته

التشريع^(٢) هو اصدار النصوص القانونية من هيئة تشريعية ، أى من سلطة قائمة بسن القوانين في البلاد ، سواء أكانت هذه السلطة فردا مستائرا بالحكم أم أقلية تنفرد بولاية الأمر ، أم مجلسا ديموقراطيا يتألف من الشعب^(٣) . وهذه

(١) المادة ٢٩ من لائحة المحاكم الاقليمية . ولم ينفرد التشريع المصرى بهذا النص الصريح ، بل ان القانون المدنى المنسوى الذى وضع في سنة ١٩١١ يقرر في مادته السابعة أنه عند سكوت القانون وعدم امكان تطبيق نص فيه — بطريق القياس — على المسألة القانونية المعروضة لحلها يجب الفصل فيها بمبادئ القانون الطبيعي — انظر Captiant المرجع السابق ص ٣١ هامش ٢ .

(٢) قد يطلق التشريع بمعنى عام على وضع القواعد القانونية أو استلباطها بصرف النظر عن نوع مصدرها . سواء أكان هذا المصدر قضاء أو فقها أو عرفا أو حكومة ، وهذا المعنى العام مسلم به عند فقهاء القانون الأوربيين ومؤرخيه ، Goodby ، p. 249 — Bryce ، Introduction to Law, 1910, 116 ، وكذلك عند فقهاء الفريعة الإسلامية — محمد الحضرى بك — تاريخ التشريع الإسلامى ص ٦٨ — ولكننا نتناول بحث التشريع ، كوسيلة لتعديل النصوص والقواعد ، بمعناه الخاص الذى ينحصر في النصوص الصادرة من هيئة تشريعية حكومية أى من الدولة . وبهذا المعنى الخاص يمكن مقارنته في اثره بالوسائل الأخرى .

(٣) يدلنا تاريخ التشريع الرومانى على انه مر بعدة مراحل فيما للسلطة التي أصدرته ، من مجالس الشعب في عصر الجمهورية ، الى مجلس الشيوخ — وهو حكم الأقلية — في عهد الامبراطورية الأولى ، ثم الى الامبراطور وحده في خلال الامبراطورية المسيحية . وكذلك يشير تاريخ التشريع الانجليزى الى تطور عكسى في مصدر التشريع ، من ملك مطلق الحكم الى برلمان يمثل الشعب . راجع Bryce ، Studies ، ص ٢٤٧ .

آخرة وسائل الإصلاح في القانون ، وقد جاءت في الشرائع القديمة في عهد لاحق في الغالب لوسيلتي الحيلة والعدالة ، بعد العهد الذي تحايل الناس فيه على النصوص والنظم القانونية بغية تعديل معانيها دون تغيير حروفها ، وبعد العهد الذي صرحوا فيه على لسان قضائهم وأهل الرأي فيهم بأن هذه النصوص والقواعد لم تعد صالحة للسير عليها أو للحكم بمقتضاها ولا متفقة مع العقل وشعور العدالة وتطور المجتمع ، حتى بلغت الجراءة على النصوص والنظم حداً أجاز تعديلها وإلغاءها بنصوص جديدة ويختلف التشريع عن الحيل القانونية بأنه تغيير صريح في حكم القانون ونصه ، وعن العدالة بأن قوته الإلزامية مستمدة من الهيئة الحاكمة التي أصدرته لا من سمو المبادئ التي يحتوى عليها ، وهو يتميز عن كليهما بإيجاز صيغه ووضوح مراميها وسهولة فهمه وثبوت وجوده . ثم هو الخطوة النهائية التي يتم بها ممشى القانون مع تطور المجتمع ، لأنه في الغالب تركيز رسمي للمبادئ التي وصل إليها القضاء والفقه من طريق الحيلة والعدالة ، إلا أنه ليس من الحتم أن يكون كذلك ، فالسلطة التشريعية قد تصدر مائتاء من القوانين سواء بدافع الشهوة أو بدافع العدالة^(١).

لم يكثر استعمال هذه الوسيلة في الشرائع القديمة ، وإنما اقتصر الاستعانة بها على حالات نادرة . ذلك لأن الناس في العصر القديم كانوا يعمنون في تقديس نظمهم ونصوصهم وما يحيط بها من صفة الدين أو التقاليد ، وكانت كل غايتهم أن تطبق تطبيقاً سهلاً خالياً من التعميد والتحيز . فلم يلجأوا إلى التشريع إلا لمعالجة حالة سيئة ظاهرة ، أو لوضع حد لنزاع بين الطبقات شديد ، أو للقضاء على اضطراب اجتماعي خطير . وتأييد هذه الحقيقة بنظرة سريعة في تاريخ التشريع القديم في اليونان والبلاد الرومانية والانجليزية .

اليونان والرومان

ففي أثينا كان قانون « دراكون » قاسيا في أحكامه وقواعده ، حتى أصبح صاحبه مضرب المثل في الشدة والعنت ، ثم جاء « صولون » الحكيم وتولى الحكم من بعده على أثر ثورة واضطراب ، فأصدر تشريعا جديدا أحدث به اصلاحات قانونية هامة : فألغى بيع للدين أو استرقاقه من أجل عدم الوفاء بالدين ، وحدد سعر الفائدة وحرم الربا الفاحش ، وهدم نظام السلطة الأبوية وجعل للابن شخصية مستقلة عن شخصية والده ^(١) . وبعد عهده لم تصدر قرارات تشريعية تستحق الذكر في القانون الخاص ، بل ترك للقضاة تفسيرها وتعديلها وسد الناقص فيها بما يروونه من الاجتهاد من مبادئ العدالة حتى صارت اليونان ولاية رومانية ^(٢) .

وفي روما كانت القرارات التشريعية قليلة العدد في عهد الجمهورية بعد وضع الألواح الاثني عشر ، ولم يضع مجلس الشعب أو مجلس العامة من التشريع الا في ظروف نادرة لمعالجة النزاع الشديد بين طبقتي الأشراف والعامة ، أو بين الشعب الروماني وباقي الشعوب اللاتينية ، وللمحاولة التسوية بين الفريقين في الحقوق ، وأهم ما صدر منها قانون كانتوليا ^(٣) ، الذي سوى به الدور الأخير من نزاع العامة والأشراف

(١) Lee, Historical Jurisprudence, p. 171-173

(٢) Beauchet, Histoire du Droit Privé de la République Athénienne, Préface, p. 14.

(٣) Loi Canulia وتاريخ صدوره عام ٢٠٩ من إنشاء روما أي حوالي سنة ٤٤٤ قبل الميلاد — راجع جيرار Girard في كتابه « القانون الروماني » طبعة ١٩١١ ص ٣٦ .

بأباحة الزواج بين الفريقين . وقانون هورتنسيا^(١) ، الذى جعل القوانين الصادرة من مجالس العامة نافذة على جميع الاهالى من الاشراف والعامة على السواء . وقانون ايونيا^(٢) ، الذى قرر للحاكم القضائى حق منح برنامج كتابى^(٣) لصاحب الدعوى بعد سماع دفاع طرفي الخصومة بدون اجراءات رسمية ، وبذلك قضى على نظام الدعاوى السابق الذى كان قوامه اشارات وعبارات شكلية ضيقة أقل خطأ فيها يسقط حق الخطئ . ولو كان العدل فى جانبه .

وكان التشريع بالعكس فى عصر الامبراطورية واسع النطاق ، فصدرت عدة قوانين تشريعية ، بعضها اقرار لمبادئ العدالة التى نظمها البريتور والآراء الفقهاء ، وبعضها انشاء لقواعد جديدة ، حتى جاء الامبراطور جوستينيان الى الحكم فجمع القوانين فى مجموعاته الاربعة المشهورة ووصل القانون الرومانى بهذا العمل الى مرحلته النهائية .

فى المجلد

وكذلك كانت القرارات التشريعية نادرة الحدوث فى العهد القديم من القانون الانجليزى ، وقد صدر فى خلال القرنين الثانى عشر والثالث عشر بعض

(١) Loi Hortensia وتاريخ صدوره يقع بين ٢٨٨ — ٢٨٥ قبل الميلاد — بحسب رأى الناب ، ولكن بعضهم يرى أنه لا يمكن تحديده بالذقة ، سوى أنه صدر بين تاريخ وضع الالواح الاثنى عشر وبين النصف الاول من القرن السابق على الميلاد — انظر فى ذلك جيرار ص ٣١٣ هامش ١ .

(٢) Loi Aebutia وتاريخ صدوره سنة ٢٠٠ قبل الميلاد على رأى الصلاة Bryce ص ٣٣٤ ، وبين عامى ٦٠٥ ، ٦٢٨ من يوم انشاء روما على رأى الصلاة Girard ص ٣٧ أى فى خلال النصف الاخير من القرن لثانى قبل الميلاد .

(٣) Formula ومن هذا الوقت دخل نظام التقاضى عند الرومان فى دور جديد اسمه نظام البرنامج Procédure Formulaire ، انظر جيرار فى المرجع السابق .

دساتير أو وثائق ، راجعة الى الرغبة في تنظيم الاختصاص القضائي ، والى محاولة الملك توسيع اختصاص محاكمه على حساب محاكم الأشراف ومحاكم الكنيسة ، والى السقف بحرية الأفراد ، والى امتناع الأشراف وثورتهم مع الشعب عليه من أجل ذلك . مثل دستور كلارندون^(١) ، الصادر في سنة ١١٦٦ بتقييد اختصاص المحاكم الكنسية ، ومنعها من الفصل في منازعات الأراضى والديون ولو كان أحد الخصمين من رجال الدين ، ومنع استئناف أحكامها الى محكمة البابا في روما . ومثل « الوثيقة العظمى » الصادرة في سنة ١٢١٥^(٢) ، التي تعهد بها الملك جون ، عقب الثورة عليه ، بتقييد اختصاص محاكمه للتنقلة ، وبنزع كل اختصاص جنائي للموظفين الاداريين المعيّنين من قبله في البلاد ، وبأنه « لا يمكن لحر أن يقبض عليه أو يسجن أو ينفى أو تصادر أملاكه أو يعدم الا بالحكم عليه من أئداده^(٣) » ، وطبقا لقوانين البلاد . ويعتبر النص الأخير أساسا تشريعيا لنظامين على جانب كبير من الخطورة في تطور القانون الانجليزي : الأول نظام المحلفين ، وهم هيئة مختارة من أفراد الشعب ، يشتركون مع القاضى في محاكمة المجرم ويبدون رأيهم بصفة قاطعة في اداته أو براءته ، وهو نظام معمول به الى العهد الحالى في معظم البلاد الأوروبية والأمريكية ، ومقرر في محاكمة الجنايات الواقعة في اختصاص المحاكم المختلطة المصرية^(٤) .

(١) Constitutions of Clarendon راجع 19 - 18 p. Deans, Legal History

(٢) Magna Charta راجع pp. 477 & s. Lee, Historical Jurisprudence

(٣) « his peers » ، ولا زال أثر هذا النص بليا في محاكمة اللورد أمام مجلس اللوردات — راجع 2 p. 48, n. Jenke, Short History of English Law . وينظر مجلس اللوردات في هذه الأليم مشروع قانون مقترح من أحد أعضائه اللورد سانكي بشأن إلغاء امتيازات اللوردات في الاجراءات الجنائية وتسويتهم بعامية .

(٤) انظر المواد ١٧٩ و ١٨٣ وما بعدها من قانون تحقيق الجنايات المختلط .

والثاني نظام يسمى « احضار جسم السجين »^(١) ، يجعل لكل شخص حبس من غير تحقيق أو محاكمة ، ان يرفع أمره — من طريق قريب أو صديق — الى القضاء للنظر في حبسه ، وعند ذلك تصدر المحكمة اعلانا الى مدير السجن المحجوز فيه ، « باحضار جسمه مع سبب القبض عليه »^(٢) ، الى ساحة القضاء ، ثم تتولى فحص هذا السبب ، فان رأت أنه سبب شرعى ، كصدور حكم عليه أو أمر قانونى بالقبض عليه رهن تحقيق أو محاكمة ، أعادته الى سجنه ، والا أخلت سبيله . وقد صدرت قرارات تشريعية أخرى فى القرنين السابع عشر والتاسع عشر لتنقيح هذا النظام وتكيله ، وهو يعتبر منذ اصدار « الوثيقة العظمى » دستور الحرية الفردية فى البلاد الانجليزية .

وما زالت القرارات التشريعية قليلة العدد فى العصور التالية اذ كان تطور القانون الانجليزى قائما على ما تستحدثه المحاكم فى قضائها من القواعد الجديدة ، وعلى الأخص مبادئ العدالة التى تكونت فى أحكام محكمة المستشار ، حتى صدر فى أواخر القرن التاسع عشر قرار تشريعى يقضى باقرار هذه المبادئ وبالقضاء ما يخالفها من القواعد القانونية التى تكونت فى قضاء المحاكم العادية .

فى البطلان الدستوري

أما فى الشريعة الاسلامية فان هذه الوسيلة لم يكن لها أثر يذكر بجانب آراء الفقهاء وأصحاب المذاهب ، بعد ان اكتمل تشريع القرآن ، ولكنها بالرغم من ذلك كانت من عوامل التطور فى الشريعة الفراء فى العهد الأول منها . ونحن نعتبر

(١) « Habeas Corpus » ، راجع تفصيل تاريخه وأحكامه فى كتاب Jenks من ٢٤١

وما يندمى ولى كتاب Deans من ٧٣ ، ٩٤ ، ١١٧ .

(٢) Habeas corpus cum causa — have the body brought with the cause .

وقد أطلقت البارة الاولى من صيغة الاعلان اسما على النظام ذاته .

هنا من القرارات التشريعية كل ما جاء في السنة من الأحكام المدنية ، لصودورها من ولى أمر المسلمين رسول الله عليه الصلاة والسلام ، ولأنها للمصدر الثاني للتشريع الاسلامى . ونعتبر منها ما صدر بالاجماع من الصحابة باعتباره مصدرا تشريعا متقا عليه وثابتا بقوله تعالى « وأمرهم شورى بينهم » ، وقوله « ومن يشاقق الرسول من بعد ما تبين له الهدى ويتبع غير سبيل المؤمنين نوله ما تولى ونصله جهنم وساءت مصيرا^(١) » . وكذلك من القرارات التشريعية ما صدر من الخليفة أو من الوالى من القواعد الشرعية بقصد المحافظة على المصالح العامة^(٢) .

فالسنة قد اشتملت على أحكام مفسرة ومفصلة للمبادئ الأساسية الواردة فى القرآن الكريم ، كما فى الزكاة . وكذلك أضافت اليها بعض أحكام جديدة لم يرد عنها نص قرآنى كتورث الجدة^(٣) ، وأتت ببعض قواعد تنفيذ تعديل حكم النصوص القرآنية الواردة عنها ، فقد أمر القرآن بالوصية « للوالدين والأقربين » ، ثم جاء فى السنة ما يفيد المدول عن ذلك وبأنه « لا وصية لوارث » خوفا على مصالح باقى الورثة^(٤) .

أما اجماع الصحابة فقد كان مصدرا تشريعا فى عهد الخلفاء الراشدين ،

(١) راجع أيضا ما جاء من قوة الاجماع فى هامش ص ٨٤ من هذا البحث والأدلة الأخرى الواردة فيه مؤيدة له كمصدر للتشريع .

(٢) ويبحث الفقهاء فى نفاذ قرار الخليفة أو الحاكم على عهده وعهد غيره أم يقصر على عهده — نبرة الحكم — جزء ٢ — ص ٥٨ وما بعدها .

(٣) راجع تاريخ التشريع الاسلامى — للأستاذ محمد الحضرى بك ص ٦٥ — ونصيبها السدس .

(٤) سورة البقرة . . « كتب عليكم إذا حضر أحدكم الموت إن ترك خيرا الوصية للوالدين والأقربين بالمعروف حقا على المتقين » ، ويرى جمهور الفقهاء أن السنة هنا نسخت نص الكتاب ، ولكن الشافعى لا يسلّم بفسخ الكتاب بالسنة ، وإنما يرى أن السنة دللت على أن آية الوارث نسخت آية الوصية — أصول الفقه — الحضرى بك ص ٣١٥ .

وكان كل من أبى بكر وعمر رضى الله عنهما يجمع كبار الصحابة ويستشيرهم فيما لم يرد عنه نص فى الكتاب أو السنة ، و يقرر ما يتفقون عليه فيذهب حكما عاما على المسلمين . ومن ذلك اتفاق الصحابة فى عهد عمر على وضع حد لشارب الخمر ثمانين جلة ، وكانت نصوص القرآن مقصورة على تحريره ، وعقابه مقصورة على التعزير فى عهدى الرسول وأبى بكر^(١) .

ومن القرارات الصادرة من الخليفة أو الولى بمبادئ جديدة أو معدلة للأحكام السالفة قرار عمر بن الخطاب باعتبار الطلاق الثلاث الذى ينطق به الزوج دفعة واحدة واقعا نهائيا ، وكان الحكم الشرعى قبل ذلك وقومه طلبة واحدة ، وكان عمر يرمى بقراره هذا الى زجر الذين يسرفون فى الطلاق فى أمورهم ويعبثون بالحياة الزوجية^(٢) .

التشريع فى المصور الحديثة

أما التشريع فى المصور الحديثة فإنه يكاد يكون الوسيلة الوحيدة لتطور القوانين وتعديلها فى معظم الأمم . ويرجع ذلك الى سهولة الاستعانة بها ، والى وجود حكومات منظمة وازدياد رقابة الدولة على مناحى النشاط الاجتماعى ، والى قيام هيئات كاملة المدة لمتابعة رأى العام وظروف الحياة والسير بالنصوص القانونية مع ما تقتضيه الحاجات الاجتماعية .

ولم يكن ذلك مقصورا على الشرائع الوضعية ، بل تناول هذا النشاط الشريعة الاسلامية . فقد تميز العصر الحديث عن المصور السالفة بحركة تشريعية

(١) راجع المختارات الفتية للأستاذ أحمد أبى الفتح بك ص ٩٥ ، ٢٢١ .

(٢) روى أن عمرا قال « ان الناس قد استعجلوا فى أمر كان لهم فيه أناة فلو أمضيناه عليهم ؟ » ثم أمضاه عليهم ثلاثا ثلاثا — راجع تاريخ التشريع الاسلامى للحضري بك ص ٢٠ .

من جانب الخلفاء والولاة ، تدخلوا بها في أحكام الشريعة وفي تحديد القواعد التي يجب العمل بها دون غيرها ، سواء أكان ذلك بالاعتصار على مذهب معين من المذاهب السنية ، أم باختيار القواعد الملائمة من أقوال المذاهب المختلفة راجحة أو مرجوحة ، أم بإدخال عناصر جديدة تتفق وحالة العصر . من ذلك اصدار « مجلة الأحكام العدلية » بأمر من الخليفة العثماني في سنة ١٨٦٩ ب. م ، لتكون سارية على رعايا الدولة العثمانية في معاملاتهم ، وهي مستمدة في معظمها من قواعد المذهب الحنفي . ومن ذلك أيضا تدوين « مجلة الألتزامات التونسية » ، وهي منقولة عن أحكام المذهب المالكي . ومن ذلك أخيرا ما وضعه المشرع المصري منذ عهد محمد علي الى الآن من القرارات التي تبين المذهب الذي يعمل به في المحاكم الشرعية دون غيره من المذاهب وهو المذهب الحنفي ، والآراء التي يؤخذ بها في هذا المذهب دون غيرها ، والقواعد التي استعارها من المذاهب الأخرى ، والمبادئ الجديدة التي أقرها الى جانب ما أخذ من أحكام المذاهب ، وكل ذلك في مسائل الأحوال الشخصية مما يتناوله البحث تفصيلا في دراسة تاريخ الشريعة الاسلامية .

* * *

خاتمة البحث

بعد أن درسنا بصفة عامة كيف نشأت القوانين في الأمم القديمة وكيف تطورت ، ووقفنا على الوسائل التي لجأ اليها الفقهاء والقضاة والحكومات لتعديل القوانين بما يتفق مع تقدم الأحوال الاجتماعية في الشعوب المختلفة ، سنبدأ بعد ذلك في دراسة تطور بعض الشرائع القديمة على ضوء هذه المعلومات العامة التي تقدمت . وستكون دراستنا مقصورة على أهم الشرائع القديمة التي استمرت في

تطورها وبقيت حية الى عصرنا الحاضر ، وهى القانون الرومانى والقانون الانجليزى والشريعة الاسلامية . هذه الشرائع الثلاث نبقت أصول كل منها فى تربة مختلفة ، وكانت فى أول عهدها نافذة على بلد خاصة أو على شعب خاص ، ثم اتسع نطاقها وامتد نفوذها حتى أصبحت شريعة عامة تسرى أحكامها فى أكثر من دولة واحدة ومن شعب واحد . فسادت الأولى فى العالم اللاتينى ، وأصبحت الثانية نافذة فى العالم الامجلوسكونى ، وكانت الثالثة مهيمنة على العالم الاسلامى ثم تم هذا القسم من التاريخ العام بدراسة النظام القانونى فى مصر قديما وحديثا . وسرى كيف كانت الديار المصرية فى العهد القديم مبعثا لقانون مصرى كان له الفضل على الشرائع القديمة ، ثم كيف أصبحت بعد ذلك مسرحا للشرائع الغالبة تتحكم فيها الواحدة بعد الأخرى ، تبعا لما خضعت له مصر من الغلبة والفتح ، وكيف صارت مصر فى الوقت الحاضر مرتعا فسيحا لكثير من القوانين والشرائع تعمل فيها سويا على اختلاف نظمها ومبادئها .

البحث الثاني

الشريعة اللاتينية

نشأتها وتطورها وانتشارها

تمهيد

نفوذ الرومان في القانون

يتفق المؤرخون والباحثون في مختلف البلاد بالشريعة اللاتينية ، ويرون فيها خير ما أثمرته عقول الرومان وخير ما تخلف للمصور الحديثة عن مدنيهم . وكما امتاز كل شعب من الشعوب القديمة في ناحية من نواحي الحياة الفكرية والاجتماعية ، كذلك تميز الرومان بنظام قانوني ونشاط قهبي كانا من المثانة الخلقية ومن التهذيب العلمي حيث صارا من بدم ميراثا للانسانية ^(١) .

(١) من ذلك قول العالم الألماني « اهرنج » Ihering بأن « روما فتحت العالم ثلاث مرات ، المرة الأولى بحيشها والثانية بدينها والثالثة بقانونها ، وكان الفتح الأخير أكثرها سلما وأبعدا مدى » أنظر Brissaud, Cours d'histoire générale du droit français, Vol. I, p. 192 . وقول العالم الإنجليزي « برايس » بأن « القانون الروماني انما هو قانون طلي يمثل وحدة الانسانية للتدنية ، لما من مسألة من مسائل الفقه الا عرضها وما من جانب من جوانب العلم السياسي لم يلق عليه نوره » Bryce, Studies, p. 898 . وقول الأستاذ شيرمان الأمريكي بجامعة Yale University بأن « الفضل في عودة المدينة الى اوروبا بعد طوفان المصور للظلمة راجع الى القانون الروماني ذي الجلال والخير » Sherman, Roman Law in the Modern World, V. I, p. I . وقول الأستاذ الكندي والتون الذي كان =

والسر في هذه المبقرية القانونية عند الرومان يرجع الى عدة أسباب ،
منها موقع الأمة الرومانية من الشرق واتصالها بأهل فينيقيا بحيث أخذ الرومان
عنهم تلك المبادئ القانونية التي تهذبت في الأمم الشرقية بابل ومصر واليونان ،
ومننا تعشق الرومان أنفسهم للجدل الفقهي وقدرتهم العملية في التحايل على
النصوص والتوسع في تطبيقها حتى تكونت من جهودهم في خلال حياة الدولة
مجموعة فقهاء نادرة المثال ^(١) ، ومنها تأييد الكنيسة للمسيحية في أول عهدها
لنظم القانون الروماني واقتباسها كثيرا من مبادئه ، فانتصر على قوانين الأمم
الجرمانية ، حتى استقلت الكنيسة بقانونها الكنسي في خلال القرون الوسطى ،
ومننا اتساع الامبراطورية وتعدد طبقات رعاياها مع حرص الرومان على النظام
للمركزي حرصا ساعد على بناء النظام القانوني بحيث شملت أحكامه أجناس العالم
الروماني المختلفة ، فاكتسب صبغة عالمية جعلته ملائما لجميع الشعوب والمصور ^(٢) ،
ومننا على الأخص طول المصور المتعاقبة التي نما فيها قانونهم من يوم انشاء روما
في القرن الثامن قبل المسيح الى وفاة جوستينيان في القرن السادس بعد المسيح ،
ثلاثة عشر قرنا لم ينقطع فيها تطور القانون عاما واحدا حتى وقف بالتحلل المدنية
الرومانية نهائيا . وفي هذا « خير ميلان نشاهد فيه كيف تولد القوانين وكيف

= مدبرا للمرسلة الحقوق للسلطة بمصر « اذا استثنينا الكتاب المقدس لا نجد كتابا أعمق أثرًا
في المدنية الغربية من مجموعة القانون المدني » Walton, Introduction to Roman Law, p. 1.
وقول الأستاذ الفرنسي Declarenil بجامعة تولوز بأن روما « تركت للعالم مجموعة من
القانون والفقه طاش عليها جزء من الانسانية بل خلقت طائفة من التساليم والمبادئ صالحة
لجميع المصور ولكثير من نواحي الحياة الاجتماعية » Rome et l'Organisation du Droit, 1984, p. 2.
ولنا أن قول بمد قل ما تقدم من آيات الاعجاب الصادرة من علماء الحديثين
اننا نعيش من الوجهة القانونية في عصر يمكن تسميته عصر تقديس القانون الروماني .

Lee, Historical Jurisprudence, p.p. 187 et s. (١)

Walton, Introduction to Roman Law, p.p. 9 et s. (٢)

تعيش وكيف تموت » (١).

لكن القانون الرومانى لم يمت وانما استمرت دراسته العلمية خلال ظلمات القرون الوسطى حتى أصبح أساس النظم المدنية الحديثة فى أكثر البلاد المتمدينة فى العصر الحاضر .

وسندرس فى هذا البحث كيف تكون القانون عند الرومان وكيف تطور حتى صار نظاما كاملا للمدينة ، فنظاما صالحا للدولة الامبراطورية ، ثم كيف أصبح سائدا فى أوروبا وفى جهات أخرى من العالم الحديث . وسنرى فى خلال الدراسة العوامل المختلفة فى هذا التطور من مجهود الفقهاء والحكام الذين اشتغلوا بتفسير القانون وبتطبيقه ، الى تأثير الفلسفة اليونانية والديانة المسيحية ، الى نشاط الامبراطرة فى التشريع .

المصادر الأولى للقانون الرومانى

وقبل البحث فى تكون القانون الرومانى يصح أن نتساءل عما اذا كانت أصوله الأولى قد نبتت من تربة رومانية أم جاءت من خارج المدينة .

١ — مما لا نزاع فيه أن القانون الرومانى لم يكن أول قانون ظهر فى الانسانية ، بل وجدت مبادئ ونظم قانونية مهبذة فى شعوب قديمة قبل أن يبدأ تاريخ الرومان أنفسهم . ومن الجمع عليه أن القانون الرومانى القديم استمد كثيرا من مبادئه من القواعد اليونانية التى كانت متبعة من زمن سابق ، وأن لجنة العشرة التى وضعت قانون الألواح الاثني عشر استعانت فى أداء مهمتها بالقوانين اليونانية ، ان لم يكن من أثينا ذاتها فن الأقاليم اليونانية فى جنوب ايطاليا فى

ذلك العهد والتي كان يطلق عليها اسم اليونان العظمى ^(١).

٢ — ودلت كثير من الآثار المكتشفة حديثاً ^(٢) ومن أقوال المؤرخين قديماً ، أن اليونان مدينة لمصر وفينيقيا بكثير من مبادئها القديمة في الفن والدين والقانون ، بفضل ما كان بينها من الصلات المتبادلة تجارية وبحرية . ومنذ أوائل العصور التاريخية زار مصر بعض علماء اليونان مثل « فيثاغورس » و« هيرودوت » واستمعوا لنظمها وقوانينها . وقيل بأن الأخير أقام بها أكثر من عشرين سنة وكان عند المصريين اذ ذاك نظام قانونى تام فى الأشخاص والأموال والدعاوى ^(٣)

٣ — واذا تتبعنا الأثر فيما وراء ذلك نسمع من بعض المؤرخين أن مصر أخذت شيئاً من قوانينها عن الدولة البابلية التي كانت من أقدم الأمم الأولى في المدنية وفى النظم القانونية ^(٤).

(١) *Magna Graecia* ، ويقول المؤرخون القدماء أن الرومان أرسلوا عند وضع قانون الألواح الاثني عشر بثة الى اليونان لتحضير هذا القانون هناك ، ومن هؤلاء المؤرخون *Tite-Live* و *Denys d'Halicarnasse* — راجع فى ذلك *Beauchet* جزء أول ص ٢٣ من المقدمة — وراجع أيضاً ما تقدم فى البحث الأول ص ٤٢ وهامش ١ . ولكن المؤرخين الحديثين يتكفون فى صحة القول بإرسال بثة الى اليونان ويرون أنها أرسلت الى جنوب إيطاليا وصقلية حيث كان القانون اليونانى سائداً — انظر *Muirhead, Roman Law, p. 89* .
(٢) ماديت وآثار وتقرش عثر عليها فى حفائر *Troy* سنة ١٨٧٣ وفى *Maycenale* سنة ١٨٧٦ وفى *Argolis* سنة ١٨٨٤ وفى كريد سنة ١٩٠٠ .

وهذه الآثار المذكورة فى دائرة المعارف البريطانية *Encyc. Brit.* تحت اسم *Aegean Civilisation* و *Greece* و *Crede* ومشار إليها فى شيرمان — الجزء الأول — ص ٢٠ .
(٣) *Sherman, V. I, p. 20* ، وكذلك يؤكد العالم الأثرى ريتشو تشاب النظم بين القانون المصرى والرومانى ، ويقرر بأن الألواح الرومانية مستمدة من مصدين وهما القانون المصرى فى عهد أمازيس والقانون اليونانى فى عهد سولون

Reville, Les Origines Egyptiennes du Droit Civil Romain, Paris 1912, p. p. 42 et 97-149

(٤) *Sherman, p. 19* والراجع التى يستند إليها .

واتباعا لذلك المبدأ الاجتماعى القائل بأن المدنية لا تنبت من الوحشية دون عامل خارجى ، يمكن القول بأن القانون الرومانى يستقى بعض أصوله من مصادر خارجية ترجع فى النهاية الى قوانين بابل ، وقد تأيدت هذه النتيجة باكتشاف مجموعة قوانين « حمورابى » فى العهد الحالى ، تلك المجموعة التى دلت على درجة عظيمة من التهذيب القانونى الذى توافر عند أهل بابل منذ عشرين قرنا قبل الميلاد .

الفصل الأول

القانون الروماني كقانون للجمهورية

نشوء ونظوره

- ١ - عهد الملكية الاول ، ٢ - عهد الملكية الأخير ، ٣ - عهد الجمهورية الأول ،
- ٤ - قانون الألواح الاثني عشر ، ٥ - عهد الجمهورية التالى للألواح

تشتمل هذه المرحلة الأولى على تاريخ القانون الروماني باعتباره نظاما لمدينة روما قاصرا على الرومان أنفسهم . وهذه المرحلة تمتد من تاريخ انشاء روما في القرن الثامن الى سنة ٨٩ ق.م حيث منحت الجنسية الرومانية الى سكان ايطاليا وصار لهم بذلك حماية القانون الروماني ، وتشمل عصر الملكية جميعه وعصر الجمهورية علما السنتين عاما الأخيرة منه .

- ١ -

عهد الملكية الأول

من ٧٥٣ - ق . م -

عهد الملكية أبعد عهد يرجع اليه تاريخ روما . بل ان تاريخ هذا العهد كله تغلب فيه الأساطير والمصادر غير الثابتة . ولكنه لاشك في أن روما كانت في عصر من عصور حياتها الأولى تحت سلطان النظام الملكي . والدليل على ذلك أن في العصر الجمهوري ، الذي تلاه والذي تحقق تاريخيا ، بعض النظم التي لا يمكن تفسيرها الا بأنها من بقايا العهد الملكي ، مثل نظام «ملك الشعائر الدينية»^(١) وهو

(١) *Rex sacrorum* وكانت لماكم ديني يقيم في سراى خاصة اسمها *ragia* ويتولى رئاسة الشعائر الدينية العامة في المدينة في عصر الجمهورية .

الموكل اليه بأمور الشعائر الدينية ورياستها . ونظام « وسيط الملك » ^(١) وهو الذى يقدم الى مجلس الشعب الحاكم المرشح لتولى الحكم قبيل انتخابه . فمن هذه الآثار المتفرقة ومن الأساطير المحفوظة عن العهد القديم ، تمكن المؤرخون من أن يستخلصوا وصفا عاما لتلك العصر الملكى ونظمه ، وأن يقيموا الصلة بين المصور المتأخرة المحققة فى التاريخ وبين المصور الغامضة التى تقدمتها .

والظاهر أن روما كانت فى مبدأ الأمر جماعة صغيرة من الزراع والرعاة ، مكونة من ثلاث قبائل مختلفة أقاموا فى مكان محصن على مقربة من مصب نهر « التبر » . وكانت أحوالهم الاقتصادية قاصرة على زراعة الأرض وتربية المواشى . وكان أهل روما عند تأسيسها قد جاوزوا عهد الانسانية الفطرية حيث لا يملك الانسان أرضا يزرعها أو ماشية يرعاها بل يقتات مما تناله يده من الصيد أو من ثمر الأشجار . وكذلك جاوزوا عهدا آخر أحدث منه وهو عهد الانسان الراعى الذى يعيش متجولا بقطعان يرعاها ويتغذى مما تنتجه .

وكان لكل أسرة قطعة صغيرة من الأرض للاقامة بها وكانت أراضى الزراعة والمرعى مقسمة على القبائل كل قسم منها مشاعا بين الأسر المكونة لكل قبيلة ^(٢) .

النظام العائلى والسياسى

كان الرومان القدماء يعيشون فى نظام الأبوة ^(٣) ، على رأس كل أسرة

(١) Interrex وهو عضو من أعضاء مجلس الشيوخ .

(٢) ويطلق على هذه القبائل الثلاث الأسماء الآتية Tities, Ramnes, Luceres وقد كون امتزاجا مدينة روما ، وكانت حالتها اذ ذاك لا تختلف عن سائر المدن الإيطالية فى حالتها الاقتصادية والسياسية والقانونية — انظر جيرار — القانون الرومانى — طبعة ١٩٢٤ ص ١٢ .

(٣) Régime Patriarchal

ربها له عليها سلطة مطلقة لا يقيد بها الا الدين والرأى العام ، ويخضع لها كل ما يتصل بالمنزل من أشياء ومن أحياء ، بما فيهم الزوجة والولد والرقيق واللاجئين الى حمايته . وكان المثل لأسرته في صلاحها الخارجية ومنازعاتها مع الأسر الاخرى ، وكان رئيس البيانة العائلية حيث كانت تغلب فيها عبادة الأجداد وتقديسهم ، وكان القاضي الذى يفصل بين أفراد أسرته وله أن يوقع كل أنواع العقوبة من حبس أو نفى أو موت ، بعد استشارة مجلس من أقاربه دون التقيد بمشورتهم .

أما النظام السياسى فقد كان يتناسب فى تقسيمه مع النظام العائلى السابق وصفه ، وينحصر فى ثلاثة عناصر — للملك ومجلس الشيوخ ومجلس الشعب ^(١) . فالملك ينتخبه للحكم مدى الحياة مجلس الشعب بناء على اقتراح عضو من الشيوخ يسمى وسيط الملك . وهو على رأس جماعة الرومان مثل الاب على رأس أسرته ، ويدير أعمال المدينة كما يدير الاب أعمال المنزل ، فهو القائد فى الحروب ، وهو رئيس الديانات ، وهو القاضي بين العائلات ^(٢) .

ومجلس الشيوخ يقابل مجلس الأقارب فى الاسرة ، مكون من رؤساء العشائر ^(٣) ، يستشير الملك فى الامور الخطيرة ولكنه غير ملزم بأبواب رأيه ، وينظر كذلك فى المصادقة على قرارات مجلس الشعب .

ومجلس الشعب مكون من مجموع رجال الرومان الاحرار القادرين على حمل

(١) Rex, senatus, comitium .

(٢) ويقول بعض الباحثين أن الملك فى ذلك العهد كان يرتدى لباساً أحمر اللون ، ويصبع وجهه بدهان غاص ويحمل بيده صولجانه السحرى ويختص لنفسه بركوب عربة حرية عند سيره فى المدينة — راجع 24 p. Havelin, Cours de Droit Romain .

(٣) يطلق على المشيرة عند الرومان كلمة Gens وهم الذين ينتسبون حقيقة أو اعتباراً الى جد واحد — راجع 23 p. Havelin, Cours de Droit Romain .

السلاح لافرق بين الاب وابنه ، يجتمع للجهاد أو للاقتراع^(١) ، وعلى الملك الا يحدث تغييرا فى النظم العائلية أو القانونية أو السياسية الا برأيه ، كتغيير نظام عائلة بالتبني ، أو تغيير نظام الميراث فى عائلة بالوصية ، أو اعفاء محكوم عليه من العقاب ، أو اعلان حرب على مدينة أخرى .

النظام القانونى

أما النظام القانونى فى العهد الاول من الملكية فلم يكن منفصلا عن الدين وكان مصدره الوحيد التقاليد المبنية على معتقدات دينية كانت أساسا لنظام الملك ولنظام الاسرة تؤيدها جزاءات دينية ينطق بها الملك أو رب الاسرة . فكان كل خروج عن سلطته وكل انكار لحقوقه يعتبر خطيئة تستوجب سخط الآلهة والاقصااص ممن ارتكبها . وكان الزواج والطلاق والعنق والتبني والتقاضى نظاما مصبوغة بالصبغة الدينية .

والظاهر أن القواعد القانونية القائمة فى ذلك العصر كانت قاصرة على أمور الاسرة نظرا لندرة المعاملات بين العائلات واكتفاء كل أسرة بثمرات عملها . وكان الملك باعتباره رئيس البيانات يقرر القواعد الدينية تبعاً لما يراه مطابقا لارادة الآلهة ، وباعتباره المختص بالقضاء يفسر التقاليد القانونية طبقا لما تخليه عليه

(١) كانت كل قبيلة من القبائل الثلاث تقدم عشرة جماعات أو فرق Curio وهو اسم لوحدة دينية وسياسية وإدارية وحرية ، أى يشترك أفرادها سوياً فى العبادة والاقتراع والحرب ، وكل فرقة مكونة فى الأصل من عشرة من الفرسان ومائة من المشاة ، وليس لها فى الاقتراع الا صوت واحد هو صوت أغلبية أفرادها . وللكل فال مجلس الشعب يتكون من ثلاثين فرقة والأغلبية فيه من ستة عشر صوتا وليس للمقترعين أن يدلو أو يمشوا فى المبروع المبروش عليهم سوى أن تطى كل فرقة رأيا فيه يتم أولا ، وقد تضاعف مع الزمن عدد أعضاء كل فرقة — النظر جيراو فى المرجع السابق ص ١٦ ، وهيفلان فى المرجع السابق ص ٢٦ .

وظيفته الدينية .

فكان الدين والقانون متصلين لصدورهما من مصدر واحد ولاستنادهما الى أصل واحد وهو رغبة الآلهة ^(١) .

وقد ذهب بعض المؤرخين الى ان قوانين ملكية *leges regiae* قد سنت في خلال هذا العهد من طريق المجلسين ، مكونة من عدة أقسام ، منها ما يختص بتنظيم العبادات والشعائر الدينية ، ومنها ما يكفل حماية الاشخاص والاشياء المشمولة بحراسة الآلهة كالملك ورب الاسرة ، ومنها ما يضمن حياة المواطن والنزول وعجل الزراعة ، ومنها أخيرا ما يمنع الأب من الاسراف في سلطته على أولاده . وكلها قواعد جنائية ذات أجزية دينية أهمها جزاء الحرمان ^(٢) ، وهو ابعاد المجرم عن الاشتراك في العبادة وتركه الى انتقام الآله الذي أثار سخطه . وقيل ان هذه النصوص جمعت في مدونات قبل عهد الالواح . ولكن كثيرا من الباحثين ينفون صدور هذه القوانين أو النصوص المزعومة ، ويؤكدون ان الأمر لم يعتمد في هذا العهد تقاليد غير مكتوبة وضعها الكهنة ^(٣) . ومع هذا فإن بعضا من كبار علماء القانون الروماني الحديثين يرى صحة صدور قوانين ملكية ، لا من الطريق التشريعي ، بل من بعض الملوك بصفتهم زعماء الديانة ، وان وجودها ثابت من تطبيق أحكامها في العصر الجمهوري واستشهاد رجال القانون في ذلك العصر بها بوصف كونها قوانين ملكية ^(٤) .

Lee, Historical Jurisprudence, p.p. 189 et s.

(١)

Cuq, Les Institutions Juridiques des Romains, l'Ancien Droit, p. p. 8 et 55.

(٢) Excommunication انظر Cuq المرجع السابق ص ٨ .

(٣) راجع جيرار — المرجع السابق ص ١٧ ، وميفلان — المرجع السابق ص ٤٠ .

(٤) انظر في تأييد هذا الرأي Cuq المرجع السابق ص ٨ ، ٥٧ .

عمر الملكية الصغير

طبقة العامة

كانت التقاليد القانونية في روما قاصرة على أعضاء العشائر الرومانية ، ثم تكون بمرور الزمن بجانب هؤلاء طبقة أخرى من الأحرار لا يرجع أصلهم إلى القبائل الثلاث التي أسست المدينة ، وقد أطلق على هذه الطبقة اسم الرعا أو العامة^(١) . لتفريقهم عن أهل روما الأصل .

وهذه الطائفة أوجدتها عدة عوامل ، فمنهم أعداء مهزومون لم يخضعوا لحالة الرق ولم يلجأوا للحماية عائلة ما واستمروا كذلك تحت حماية الملك ، ومنهم مهاجرون أو نزلاء قطعت صلاتهم بمجتمهم الذين ماتوا دون أن يتركوا خلفا يتولى حمايتهم من بعدهم . ثم تمت هذه الجماعة حتى صارت أغلبية في المدينة ، لكنها أغلبية محرومة من النظم القانونية ومن الحقوق العامة ، وأصبحت العائلات الرومانية أقلية أرستوقراطية تتمتع وحدها بمقاليد الحكم والتقاليد القانونية .

استمرت هذه الحالة إلى عهد الملك السادس « سرفيوس تاليوس » السابق للملك الأخير ، حيث بشت على الشكوى والتذمر من الجانبين ، من العامة لحرماتهم من الحقوق السياسية والمدنية ، ومن الخاصة لتحملهم وحدم أعباء الضرائب والجهاد . فأحدث هذا الملك نظاما وفق بين مطالب العنصرين ، فكفل للعامة حق الاقتراع وفرض عليهم الضريبة والخدمة العسكرية ، وذلك بأن قسم

(١) *plébéiens* ، *plebeii* أما أهل روما الأصل أو الأشراف فكان يطلق عليهم

اسم *patriens* أو *patrii* .

جميع الاحرار من سكان روما الى خمسة أقسام انتخابية وحرية ، لا بحسب الأسرات وإنما بحسب الثروة . وكل قسم منها يشمل الاشراف والعامه على السواء ^(١) .

انشاء النظم المدنية

وقد رتب فريق من المؤرخين ^(٢) على هذا النظام السياسى الجديد تغييرا خطيرا فى النظام القانونى . إذ كان يستلزم قيد أسماء الاهالى وأملاكهم فى سجلات المدينة ^(٣) . وكان هذا القيد يتجدد من وقت لآخر ويتغير تبعا لتصرف الاهالى فى أموالهم . فظهرت الحاجة الى طريقة للتثبت بها من حصول التصرف خشية تهرب البعض من عبء الجهاد والضرائب . فتقرر أن التصرف فى الاموال النفيسة كالعقار والرقيق لا يكون صحيحا الا اذا حدث بطريق الاشهاد ^(٤) . وهو عقد يتم باجراءات علنية ورسمية معينة وبحضور خمسة شهود من الرومان قيل بأنهم يمثلون الاقسام الخمسة وحامل الميزان الذى يزن مقدار الثمن ^(٥) . وهنا يتبين

(١) يحتوى القسم الأول على من يملكون من الأراضى نحو خمسة هكتار ، والثانى نحو ثلاثة ونصف ، والخامس نحو نصف هكتار ، وبعد انشاء هذا النظام بقليل نحل حساب الثروة الأموال المنقولة فأصبح القسم الأول من يملكون مائة ألف آس والخامس إحدى عشر ألف آس . وكان كل قسم يقدم عددا مينا من الفرق العسكرية . وكان اقتراعهم فى صورة استعراض حربى وفى ساحة المناورات ، ولكل فرقة صوت كما كان فى العهد الملكى الأول . هيفلان ص ٢٧ .

(٢) Lee ص ١٩٢ وما بعدها ، Muirhead ص ٥٩ وما بعدها .

(٣) Censu وهو يحدث مرة فى كل خمس سنين — هيفلان ص ٢٧ .

(٤) Mancipation وهو يتم باجراءات خاصة قوامها التعاضد والميزان وتلك أطلق عليه الاسم المستمد من هذين المتصرفين *actio per aes et libram* .

(٥) يرى بعض كبار علماء القانون الرومانى فى العصر الحديث ان نظام الاشهاد سابق على عهد الملك «سرفيوس تاليوس» لأنه كان معمولاً به عند بعض المدن اللاتينية الأخرى ==

لنا بدء انفصال النظم القانونية عن القواعد الدينية بإنشاء هذا النظام الخاص بالمعاملات المدنية المحضة بين الاهالى ، بصرف النظر عن ديانتهم المائلية وعن طبقاتهم الاجتماعية .

قد كان من نتائج تقرير نظام مدنى لنقل الملكية شامل للأشراف والعامه ان تقرر — الى جانب النظم الدينية التى كانت مقصورة على الأشراف — نظم مدنية قوامها « الاشهاد » فى الروابط المائلية ، وفى التوريث بالوصية ، وفى العقود والمعاملات بين الأفراد ، حتى يستطيع العامة أن يشتركوا فيها وأن ينتفعوا بآثارها القانونية ، ولم تلبث هذه النظم المدنية أن دأبت بين الاشراف أنفسهم وأصبحت السائدة فى علاقات الأفراد .

فى الروابط المائلية نشأ الى جانب الزواج الدينى نظام الزواج المدنى المنشئ للسيادة الزوجية ، وهو الزواج بالشراء يشابه فى صيغه واجراماته نظام الاشهاد ، وقد اختلف الباحثون فى صفة الزوجين من هنا العقد ، اذ رأى البعض ان الزوج هو الذى يشتري الزوجة وبذلك تصبغ فى قبضة يده وخاضعة لسلطته كما يخضع الولد والقيق ، ويرى البعض الآخر ما رآه معظم الكتاب القدماء من ان الشراء متبادل بين الزوجين وبغير ثمن — الزوج يشتري من الزوجة أما تلد له أطفالا وتحلده أسرته ، والزوجة تشتري من الزوج ربا يقوم بأودعها وترث من تركته . وهذا رأى الأخير يتفق مع الاسم الذى أطلق على الزواج المدنى والذى يفيد فى

= ولأن عدد الشهود الخمسة لا يمثلون الشعب لأنه الحد الأدنى لعدد المطلوب توفره فى العقد . أنظر جيراروطية ١٩٢٣ من ٢٩٨ هامش ٥ ، ٢٩٩ هامش ٦ ، على أن رأى القائل بإنشائه فى عهد سرفيوس تليوس يتأيد بأن عملة النحاس عملة حديثة العهد عند الرومان وأن اتخذها كان عهد فى ماسر لهذا الملك بعد الاستماعة قبل ذلك بالمبادلة وبريوس الدواب ، وأن المشتري فى اجراءات الاشهاد كان مخاطب الحاضرين بعضهم رومان لا بعضهم يهودا ، راجع فى ذلك Muirhead من ٥٤ .

تركيبه ان الشراء مشترك بين المتعاقدين ^(١) . كذلك نشأ الى جانب التبني العيني ، الذى كان يترتب عليه خضوع شخص مستقل بحقوقه أو رب أسرته لسلطة شخص آخر ^(٢) ، نظام التبني المدنى الذى يخرج به فرد عن سلطة رب أسرته ويدخل فى سلطة شخص آخر ^(٣) . والذى يتم شرطه الأول بأن يبيع الأب الأصل ابنه بطريق الاشهاد بيما صوريا ثلاث مرات حتى يخرج من سلطته قانونا ، ثم يدعيه الأب الجديد بعد ذلك لنفسه أمام القضاء بدعوى صورية . وأخيرا لجأوا الى نظام الاشهاد على الصورة المتقدمة لتحرير الابن من سلطة أبيه حتى يصبح مستقلا بحقوقه ^(٤) .

أما فى التوريث بالوصية ، وقد كان كغيره من النظم لا يحدث الا بين الأشراف باجراءات دينية أو فى أثناء الجهاد ، فقد استعانوا بالاشهاد وسيلة للتوريث بالوصية ، وذلك بأن يبيع الوصى ثروته بالاشهاد بيما صوريا الى صديق أو وسيط يتعهد ببنيها بعد وفاة الوصى الى من أراد توريثه ^(٥) . ولم يكن الوسيط ملزما بذلك فى أول الأمر الا بوازع من الضمير والشرف ثم أصبح فى عهد لاحق ملزما قانونا بهده .

وأما فى العقود والعاملات ، فكما أنشئ نظام الاشهاد لنقل الملكية من

(١) Co-emptio أى الشراء المشترك أو المتبادل — أنظر Muirhead, Roman Law

p. 59

(٢) abrogation وكان مقصودا على الأشراف ، ولا يسرى على العامة لأنهم لم يكن

لهم ديانة معترف بها .

(٣) adoption

(٤) الاسم الذى يطلق على التحرير emancipation يفيد أنه جاء من طريق الاشهاد.

(٥) وذلك لأن الرومان لم يتصوروا فى القديم أن تعرفا مدنيا يصدر من شخص أثناء

حياته ويؤجل غايته الى بعد وفاته ، فاختلعت طريقة الاشهاد مرتين لتلاى ذلك .

شخص إلى شخص ، كذلك أنشئ نظام شبيه به لخلق الحقوق الشخصية أو الالتزامات بين الأفراد ، وهو عقد الاستدانة أو الارتباط^(١) . وذلك لأن المائن عند الرومان الأقدمين كانت له سلطة صارمة على مدينه للمتنع أو العاجز عن الوفاء ، فأريد أن يكون لعقد الالتزام بالدين صورة علنية رسمية تبرر قيام هذه السلطة^(٢) .

على أن نتائج الاشهاد لم تقف عند هذه النظم الدينية التي نشأت في هذا العهد ، بل اتسعت دائرته في المعاملات مع مرور الزمن في المصور التالية فاستعمله الرومان صوريا لاجراء عقود جديدة ، كعابرية الاستعمال والوديعة والرهن الحيازي ، مع تصد المالك الجديد بأن يرد للملكية الى صاحبها عند انتهاء العارية أو الوديعة أو عند سداد الدين ، ولم يكن هذا للمالك الصوري ملتزما قانونا بالرد في أول عهد هذه العقود ثم صار لصاحب المال دعوى بالمطالبة برد ماله^(٣) . ولما تقدمت المعاملات وتهدبت المبادئ القانونية أصبحت هذه العقود قائمة أمام القانون دون حاجة الى نقل للملكية الى المستمير أو الوديع أو المائن المرتهن ، بل بمجرد نقل الحيازة اليه مع تصده بردها الى مالكها عند انتهاء العقد^(٤) .

فنظام الاشهاد كان عاملا خطيرا في تطور القانون الروماني وانفصاله عن الرسوم الدينية في عهده الأول ، وكان وسيلة لانشاء نظم جديدة في الروابط العائلية ،

(١) nexum .

(٢) راجع في ذلك وفيما تقدم Muirhead المرجع السابق ص ٥٩ وما بعدها .

(٣) ولذلك كان نقل الملكية على هذه الصورة يسمى في أول أمره *allénation fiduciaire* أى مستندا الى التمة والضمين ، وكذلك كان اسم الدعوى التي أُنشئت بعد ذلك لصاحب المال المطالبة برد ماله اليه *action fiduciaire* — راجع جيرار ص ٤٤٥ وما بعدها . وكذلك موجز كيك Cuj, Manuel des Institutions Juridiques des Romains, 1928 p. 271

(٤) انظر جيرار طبعة ١٩٢٤ ص ٤٥٧ ومبادئ القانون الروماني للمؤلف ص ٢٤١ .

كما أنه مهد لايجاد عقود وتصرفات جديدة في القانون الرومانى فى عهده
اللاحقة .

وكان من آثار الاصلاح السياسى الذى قام به الملك « سرفيوس » ان
انتظم العامة فى عشائر عائلية كالاشراف ، غير أنهم ما زالوا محرومين من
الاشتراك فى مناصب الحكم ومن العضوية فى مجلس الشيوخ ومن الزواج
بالاشراف .

— ٣ —

٧ عهد الجمهورية الاول

من ٥١٠ ق . م

١ — قيل بأن سقوط الملكية راجع الى عسف الملك الأخير « تاركوين »
ومظالمه ، وإلغائه التقسيم الحثاسى السابق وصفه والذى أحدثه سلفه فى طبقات
الاهالى . وقيل بأن الانقلاب الذى حدث فى نظام الحكم ، من ملكى الى
جمهورى ، يرجع الى حركة تطور عامة فى الجهات الإيطالية ، كانت ترمى الى
استبدال حكام لا تتجاوز سلطتهم زمنا محدودا بحكام يستأثرون بالسلطة مدى
حياتهم . فحل محل الملك فى روما حاكمان منتخبان سميّا بالقناصل ^(١) يحكمان لمدة
سنة واحدة ، وتسلما ما كان لذلك من الوظائف ما عدا الوظيفة الخاصة برئاسة
الشعائر الدينية ، حيث أبقى الرومان فى السراى الملكية ، خشية حرمان المدينة
من حماية الآلهة ، ملكا دينيا بدون سلطة مدنية يتولى رئاسة الديانات بصفته
الحبر الأعظم أو ملك التقاديس ^(٢) .

(١) Consules — أنظر تفصيل هذين الرأيين فى كتاب جيرار الطيبة السابقة ص ٢١

(٢) Rex sacrorum وهو ما اتخذه المؤرخون دليلا على قيام الحكم الملكى قبل هذا

المهد كما تقدم .

وبقيت عناصر النظام السياسى الأخرى فى عهد الجمهورية كما كانت فى العهد الملكى ، مجلس الشيوخ ومجلس الشعب ، والمجلس الأخير هو الذى ينتخب القنصلين . ثم أنشئ فى هذا العهد نظام المحكمين ^(١) ، للتحقيق والفصل فى الدعاوى المدنية التى يجيئها عليهم القنصل باعتباره الحاكم القضائى ، أما الفصل فى القضاء الجنائى فقد عهد به الى مراقبين بالنيابة عن القناصل ^(٢) .

٢ — أما العامة فقد اكتسبوا من تعديل القضاء المدنى والجنائى فى هذا العهد وتقدمت حالتهم ، حتى صار لهم شبه حكومة فى داخل الحكومة ، لهم حكمهم ومجالسهم الخاصة بهم . وذلك على أثر اشتداد النزاع مع الأشراف وهجرهم المدينة بقصد الانفصال عنهم ، فخرج الأشراف وأعادوهم اليهم ، وسمح لهم بنظام خاص بهم يماثل نظام الأشراف ، فكان لهم محاكم لمدة سنة كقنصلى الأشراف وبجانها مراقبان مثل مراقبى الأشراف ^(٣) . وكان لحكام العامة الحق فى إيقاف كل حكم أو قرار صادر من حكام الأشراف متى كان ضاراً بمصالح العامة . وكان انتخابهم بمعرفة مجلس شعبى للعامة ^(٤) كان يصدر غير ذلك قرارات تشريعية سارية على العامة ثم أصبحت بعد ذلك نافذة ، مثل قرارات مجلس الشعب الخاص بالأشراف ، على جميع الرومان بعد مصادقة مجلس الشيوخ .

٣ — ويرجع الى مجهود العامة والى نشاط حكمهم الفضل فى أهم حادث تاريخى للقانون الرومانى القديم ، وهو وضع القواعد العرفية فى قانون مسطور . فقد كان الأشراف يحتكرون معرفة القانون وطرق تأويله وتطبيقه ، واتهمهم العامة

(١) Juris وهذا صارت الدعوى المدنية منذ هذا العهد تنظر على دورين ، دور القانون ودور الواقع . وقبل هذا العهد كانت الدعوى تنظر أمام الملك فى دور واحد .

(٢) questeurs ويسمى القناصل — جيرار ص ٢٢ .

(٣) Aediles و Tribuns

(٤) Concilium plebis

باستثمار جهلهم وغموض التقاليد القانونية وبتفسيرها لمصلحتهم دون العامة ، ولما لجة هذه الحالة اقترح بعض حكماءهم تدوين قانون تتبع نصوصه في القضاء . فتشكلت بالفعل لجنة الحكام العشرة من الأشراف والعامة معا ، ووضعوا قانونا صادق عليه مجلس الشعب ، ونقشت نصوصه في اثنتي عشر لوحة من الخشب وفي رواية أخرى من البرنز ، ونصبت في ساحة القضاء بروما . وكان ذلك حوالي ٤٥٠ ق م . وسمى بقانون الرجال العشرة أو قانون الألواح الاثني عشر ^(١) . ثم أسقطت لجنة العشرة عقب ذلك بالرغم من حرصها على البقاء في الحكم بعد أداء مهمتها .

ولهذا القانون أهمية عظمى من وجهة التاريخ التشريعي ، فهو البناء الأساسي للشرعية اللاتينية ، يجتمع فيه على السواء خاتمة مراحل التكوين القانوني وفتحة التطورات الخطيرة التي ترتبت عليه في العصور التالية .

(١) Loi des XII Tables أو Loi des Decemviri

وقد زعم بعض علماء العصر الحديث من الباحثين في القانون الروماني وتاريخه أن الألواح الاثني عشر لم تكن مدونة رسمية صادرة من الدولة في روما كما اسطلى عليه المؤرخون ، وانما هي مجموعة خاصة وضمتها بعض الكتاب على رأي ، أو جمعها من القواعد والآراء القديمة بعض الحكام على رأي آخر ، وفي عصر لاحق للمصر الذي نسب اليه قانون الألواح ، ويستندون في صحة هذا الزعم على كثير من الأدلة ، أهمها أن لغة الألواح أحدث في أسلوبها من لغة العهد الذي قيل بوضعها فيه ، وأنه لم يرد ذكرها في مؤلفات بعض الكتاب الرومان اللاحقين ، وانها تحتمل في الوقت ذاته على نظم فطرية أقدم عهدا كالتقصص واقتسام جثة المدين بين دائنيه ، وعلى نظم ثلاثم عصرا أحدث من عصر الألواح كالجرائم الجنابة ودفن الموتى بما فيها من مالم للترف الحديث . ومن قالوا بهذا الزعم الأستاذ الايطالي *Paolo Storta* والأستاذ لاميير الفرنسي في مجلة *Nouv. Rév. His.* 1902, 52 ولكن كثرة العلماء فنصوا هذه الزاعم وأثبتوا اتفاق أسلوب الألواح مع لغة العصر الذي نسبت اليه ، واللمة في عدم ورود ذكرها في مؤلفات بعض الكتاب والأدلة ، وأن الأحكام الواردة فيها ملائمة للعهد الذي وضعت فيه . أنظر جيرار *Girard* في مجلة *Nouv. Rév. His.* 1902, 881 وكذلك Walton في مقدمة القانون الروماني ص ١٠٥ .

أعلام قانونه الألواح

لم تصل إلينا من قانون الألواح نسخة كاملة وإنما وردت نصوصه في تفاسير واقتباسات عديدة متفرقة في كتب فقهاء الرومان وفي وضوح كاف لمعرفة قواعده الجوهرية .

وقبل أن نلقى نظرة عامة على أحكام الألواح الاثني عشر يجب علينا الإشارة إلى بعض الصفات التي امتاز بها هذا القانون في صيغته وفي جوهره ، وتلك الصفات تتلخص فيما يأتي :

١ - صيغت عباراته في أسلوب موجز شمري تنتهي به فقراته بصورة متشابهة ، وقد كانت هذه الصيغة عامة في اللدونات القديمة^(١) .

٢ - كانت أحكامه خاصة في الغالب منها بنظم مدنية مستقلة عن الدين ، لأنه أعد ليكون قانونا عاما على الرومان على اختلاف طبقاتهم وعقائهم ، فلم يشتمل على كفارات أو عقوبات دينية كما كانت الحال في العهد الملكي ، ذلك لأن انفصال القانون عن الدين كان قد بدأ منذ اندماج العامة والاشراف كما تقدم . ولم يكن في الألواح من الأحكام الدينية سوى بعض القواعد المتصلة بالجنائزات ، وربما احتوت كذلك على التقويم الديني وهو من الأمور الهامة في إجراءات التقاضي^(٢) .

٣ - بعض قواعده مستعارة من القوانين الأجنبية واليونانية على

(١) ومن الكلمات التي كانت تنتهي بها عباراته ito و capito ، facito ، suntو

و esto .. الخ — انظر Muirhead ص ٩٥ .

(٢) Calendrier جيرار — ص ٢٧ .

الاخص ، والبعض الثانى تسجيل للتقاليد التى كانت متبعة فى روما قبل وضعه ، وكثير من هذه التقاليد لم يشر اليها الا عرضا لتداول اجراءاتها بين الناس فى ذلك العهد كالاشهاد والدعوى الصورية والوصية^(١) .

٤ — أن الغرض الرئيسى من وضعه لم يكن احداث اصلاح أو تغيير فى النظم القانونية السائدة ، بل جعلها واحدة للجميع ومعلومة للناس والفاء التصسف فى القضاء ، وعلى ذلك بين الظروف التى ينشأ فيها الحق أو يسقط ، وحدد العقوبات التى يحكم بها على المجرمين ، ولم يحدث الا تعديلات قليلة فى بعض النظم ، ولم يمنع استئثار الاشراف بمناصب الحكم دون العامة ، ولم يسمح بالتزاوج بين الطائفتين^(٢) .

٥ — كذلك كان تشريعا ضيقا فى اجراءاته قاسيا فى أحكامه فطريا فى مبادئه ، يسقط الحق بهفوة شكلية ، ويقتل المدين اذا لم يسدد دينه ، ويقتص الجنى عليه فى بعض الحالات من خصمه يبله .

ولنذكر الآن المبادئ العامة التى احتوى عليها قانون الالواح الاثني عشر . وأهم ما ورد فيه ، عدا النصوص الخاصة بالجنائزات ، قواعد للعقوبات ولنظام الأسرة والأموال والدعاوى .

١ — أما عن العقوبات فقد كانت الجرائم قسمين ، جرائم عامة تهمة الدولة أو الحكومة وتمس صالحها كجرمة الخيانة العظمى ، وتشمل بعض الجرائم الخطيرة على الافراد مثل القتل . وأهم عقوباتها الموت شنقا أو حرقا أو بقطع الرأس أو بالجلد

(١) Walton ص ٩٨ و Muirhead ص ٩٠ وما بعدها .

(٢) جيرار — ص ٢٦ .

والإلقاء من صخرة^(١)، ويحاكم مرتكبوها أمام مجلس الشعب^(٢). والقسم الثاني جرائم خاصة قليلة العدد يقع ضررها على الأفراد ولهم وحدهم حق طلب عقاب الجاني ، وذلك بأن يقتض المجنى عليه منه بنفسه في جرائم معينة وهي السرقة بالتلبس وفصل عضو من الجسم ما لم يتفق معه على دية يدفعها ، أو بأن يطالبه بفرامة مقدرة قانونا في باقي الجرائم وأهمها أحوال السرقة الأخرى والاعتداء على الشخص وقطع الأشجار وخيانة الوصاية .

٢ — اما عن الاسرة فان النظام الأبوي لم يزل سائدا ، فريس الاسرة هو المالك الوحيد لأموالها يخضع لسلطته زوجه وولده ورفيقه في مستوى قانوني واحد ، وكان نظام الوصاية والقوامة مقررا على القصر والنساء وعلى المجانين والسفهاء لمراعاة صالح الوصي أو الاسرة أكثر منه لمصلحة المشمول بالوصاية أو القوامة .

٣ — واما عن الاموال فان الملكية كانت جائزة على العقار والمنقول ، والالتزامات ناشئة من الجرائم الخاصة ومن العقود ، وكانت العقود كلها شكلية وباجراءات رسمية سواء للتصرف في الاموال أو للتعهد بالديون وكلاهما يتم بالنحاس والميزان^(٣) .

٤ — واما نظام الدعاوى فقد كان عتيقا وفيه بقية من ذلك العهد الفطري الذي كان لكل شخص فيه أن يأخذ حقه بيده دون الالتجاء الى السلطة العامة ، وتمتاز اجراءاته بأشارات وعبارات مقدسة أية هفوة فيها تعرض الخطيء لفقد

(١) Muirhead ص ٩٦ .

(٢) مم في عصر لاحق أصبحت محاكمتهم أمام محاكم خاصة أنشئت للجرائم العامة ، موجز كيك طبعة ١٩٢٨ ص ٥٥٤ هامش ٨ .

(٣) Mancipation, nexum, actes per aes et libram راجع جبرار ص ٢٧

وما ينسبها .

حقه ، وبأنها (ما عدا واحدة) لا تصلح الا اذا أحضر المدعى خصمه معه أمام القاضى ، وكانت هذه الدعوى أربعة : —

الأولى تسمى أخذ رهينة ^(١) . وتحصل بلا تدخل من القاضى ، وهى ان يستولى الدائن على بعض أموال الدين الماطل حتى يسدد دينه . ونظرا لحالتها الفطرية قل استعمال هذه الدعوى من قبل ، بحيث كانت فى عهد الالواح قاصرة على ضرائب الحكومة ضد للتأخر فى دفعها ، وعلى مرتبات الجندى ضد المتعهد بصرفها اليه ، وعلى الديون المخصصة لفرض دينى .

والثانية تسمى القاء اليد ^(٢) . وهى دعوى تنفيذية على شخص الدين الذى تعهد بالدين فى عقد الاستدانة ^(٣) ، أو الذى حكم عليه بالدين فى دعوى القسم . وتم بأن يقبض الدائن على مدينه أمام القاضى ، فان لم يعترض على ذلك أحد من أهله أو من أصحابه أخذه عنده سجينا حتى يفي بدينه والا قتله أو باعه . وان اعترض آخر على القبض عليه أمام القاضى برىء الدين نهائيا وسارت دعوى جديدة بين الدائن والمعارض ^(٤) ، حتى اذا اتضح أنه تدخل بشىء حق حكم عليه بالضعف جزاء له .

والثالثة تسمى دعوى القسم ^(٥) . حيث يدعى رافعا بحقه أو بدينه ، فان أقر الخصم أو سكت عن الدفاع سلمه القاضى اليه لينفذ عليه بالدعوى الثانية . وان

(١) Pignoris capio جيرار ص ٢٩ و ص ١٠٣٧ .

(٢) Manus injectio .

(٣) nexum .

(٤) Vindex . أنظر جيرار ص ٢٩ و ص ١٠٤٣ .

(٥) Sacramentum سميت دعوى القسم لأن الفصل فيها قائم على صدق اليمين او كذبه ، فيعتبر للكاذب مرتكباً لحطية دينية تستلزم تدخل الدولة فى النزاع المدنى وحرمانه مما يدعيه — واجه جيرار ص ١٠٤٤ هاش ٧ .

نازع في الدعوى أقسم كل منهما على صحة قوله ^(١) وأحيلت الدعوى على حكم لتحقيقها والفصل فيها ، فإن ظهر أن المدعى حلف صدقا أصبح خصمه معرضا للتنفيذ عليه بالدعوى الثانية .

والدعوى الرابعة تسمى طلب الحكم ^(٢) ، وهى خاصة في الغالب بتحديد التعويض عن الضرر وبقسمة المشاع وفصل الحدود . حيث يطلب المدعى من القنصل تعيين قاض للنصل في هذا النزاع ، أما بقية إجراءاتها فهي غامضة ^(٣) . هذه مجمل القواعد التى كانت سائدة في عهد الألواح الاثني عشر ، والتى كانت خاصة بالرومان في المدينة أشرف وعامة دون غيرهم من سكانها . ولذلك كانت تسمى قانون الرومان ^(٤) .

(١) وبعد هذا العهد بقليل استبدل بالقسم مبلغ من المال يدفعه كل من الخصمين رهينة على صدق دعواه ، ومن يظهر كذبه يفقد . بلغة عقاب له على ذلك — المرجع السابق .

(٢) *Judicis postulatis* — أنظر جيرار ص ١٠٤٧ .

(٣) ولكن البروفسور « رويز » الأستاذ بكلية الحقوق بالجامعة المصرية عثر منذ عامين في إحدى المكتبات في القاهرة على صهيقتين كانتا ناقصتين من مخطوط قديم ألفه الروماني جايوس Gaius ، الذى عاش في القرن الثاني بعد الميلاد ووضع كتابا شرح فيها النظم القانونية القديمة . وقد تناولت الصهيقتان اثنان عشر عليها الكلام عن عقد الشركة وعن دعوى « طلب قاض أو حكم » ثم عن دعوى الاعلان *Condictio* . وقد جاء في كلامه عن دعوى طلب قاض أنها كما ترفع لقسم الشركة بين الورثة ولقسمة المشاع بين الشركاء ، يجوز رفعها كذلك للمطالبة بدين أو بمبلغ من المال مقرر بمقتضى عقد « الاشتراط » *Stipulation* ، وإن المدعى عليه إذا أنكر الدين أو المبلغ أمام البريتور طلب المدعى من هذا الحاكم للقضائي أن يعطيها قاضيا أو حكما يحقق الأمر ويفصل فيه ، فالنزاع يجري في هذه الدعوى كما يجري في دعوى القسم مع هذا الفارق وهو أن الطرفين لا يدفع أيهما رهينة ولا يتعرض لمقوبة مالية إذا اتضح كذب قوله وخسر دعواه . وقد زال كثير من النصوص في إجراءات هذه الدعوى ولطافتها بفضل الثور على هذه الأوراق . راجع مقالا لبروفسور رويز في هذا الموضوع في القسم الفرنسي من مجلة القانون والاقتصاد ، السنة الرابعة سنة ١٩٣٤ ص ٦٧ ، ٨٢ وما بعدها .

(٤) *Droit des Quirites* أى قانون حلة الرماح *the Spearman* — *Muirhead* ص ٦ .

عهد الجمهورية التالى للولواع

كان تطور القانون فى خلال القرون الباقية من الجمهورية فى نشاط مطرد ، حتى تخلصت قواعده من الشكليات الرسمية التى أحاطت بها ، ومن الدائرة الضيقة التى انحصرت فيها ، وأضيفت إليها مبادئ جديدة ونظم أخرى دعت إليها العدالة وضرورات المعاملة .

وقد بدأ هذا التطور بالتسوية التامة بين طبقتى الاشراف والعامة بإباحة الزواج بينهما واشتراكما فى مجلس الشيوخ وفى مناصب الحكم والوظائف الجديدة التى أنشئت كوظيفة البريتور أو الحاكم القضائى فى المسائل المدنية ، ووظيفة المحصى المكلف بالتعداد والادارة المالية ^(١) .

ونشأت بعد ذلك ارستوقراطية جديدة من الطبقتين اسمها النبلاء ^(٢) ، مكونة من الأسر التى كان أحد أجدادها من الحكام ، وصارت لهذه الطائفة ميزات فخرية أهمها ان أعضاء مجلس الشيوخ كانوا يمينون منهم وان الحكام كانوا ينتخبون عادة من بينهم .

ويرجع الفضل فى تقدم القانون فى هذا العهد الى أربعة عوامل وهى :

١ — تفسير الفقهاء وهم العلماء الذين اشتغلوا بدراسة القانون وتأويل

نصوصه .

٢ — مجهود البريتور الذى تكونت منه مجموعة من المبادئ الجديدة سميت

بالقانون القضائى .

(١) Censeur ، préteur

(٢) nobilitas أنظر جيرار ص ٣١ — وهيفلان ص ٦٤ .

٣ — انشاء وظيفة بريطور خاص بقضايا الأجانب والذي ترتب على عمله تكون قانون الشعوب .

٤ — عمل المشرع أو القرارات التشريعية الصادرة من مجالس الشعب .
وسنأتى على نصيب كل من هذه العوامل فى حركة التطور العامة .

اولى — تفسير الفقهاء

كان تأويل القانون ومعرفة أحكامه ، قبل عهد الالواح وبعده بقليل من الزمن ، من اختصاص الكهنة دون غيرهم ، وهم من طبقة الأشراف . وكانوا يحفظون سرا بثلاثة سجلات لا غنى عنها فى تطبيق القانون ، أحدها يحتوى على اجراءات العقود والدعاوى وكلها قائمة على رسوم شكلية دقيقة ، والثانى يشتمل على التقويم الدينى الذى يبين الايام المخصصة للشعائر الدينية ، والايام المقررة للاجتماعات السياسية ، والايام التى يجوز فيها التقاضى وادارة العدل بين الأفراد ، والثالث يجمع المبادئ القضائية والتقاليد القانونية المتبعة . فلما أذيعت هذه السجلات على يد أحد الكتاب فى عام ٣٠٤ قبل الميلاد ، وتعلمها أفراد من العامة ففتح أمامهم باب الاشتراك فى مناصب الكهنة .

ولم تمض أعوام قليلة حتى صدر قانون بترك خمسة منها للعامة ^(١) ، وعند ذلك أخذ كهنة العامة فى تقديم المشورات والآراء القانونية علنا للناس ، وأصبحت هذه الوسيلة سبيلا لمن يطعم من رجال القانون فى كسب السمعة لدى الشعب ونيل المناصب فى الدولة ^(٢) . وظهر فى القرن الأخير من الجمهورية بعض مشاهير الفقهاء ، مثل « كاتو » و « اسكافولا » ، كان لهم بعض الشأن فى تطور القانون

Huvelin, p. 45 (١)

Girard, p. 47 (٢)

وتعديل أحكامه وتوسيع نطاقها في المعاملات . وكانت أهم وسائلهم الى ذلك الاقتراضات أو الحيل القانونية ، كبيع الولد صوريا لتحريره من سلطة أبيه ، وكجعل الرهن الحيازي في صورة بيع بالأشهاد لأن عقد الرهن في ذلك العهد لم يكن مقررا قانونا ^(١)

ثانيا - مجرور الحاكم القضائي

أنشئت وظيفة البريتور في سنة ٣٦٧ ق . م . حتى يعهد اليه من أعمال القناصل بالقضاء المدني ، وهو ينتخب لمدة سنة مثلهم . وكانت مهمته كالقنصل تنحصر في سماع عبارات الطرفين الرسمية في الدعوى ، فان كانت مطابقة للإجراءات ولنصوص الألواح أحالها على حكم للفصل فيها ، وان لم تكن مطابقة للنصوص رفض الدعوى وصرف الخصمين . ولم يكن في سلطته منح دعوى أو منعها خلافا للنصوص ولو كان الظلم ظاهرا فيها ، كما اذا حصل العقد بالإكراه أو الغش أو بسوء نية من المدعى ، أو اذا أخطأ صاحب الحق في الاشارات والمبارات التي يجب عليه القيام بها أثناء دفاعه أمامه ^(٢) .

ثم رأى البريتور بعد ذلك ، اقتداء بزميله المختص بقضايا الأجانب ، أن يستبدل بهذا النظام العتيق نظاما جديدا لا محل فيه للصيغ الرسمية ، بحيث يشرح كل خصم دعواه كإشاء ، ثم يحيل القضية على الحكم ببرنامج كتابي يبين له ما يحق له من الوقائع وما يحكم به عند ثبوتها . وصدر قرار تشريعي اسمه قانون

(١) Sherman, Roman Law in the modern world, vol. I, p. 85

(٢) ومثل ذلك أنه اذا أراد شخص مطالبة جاره بتعويض لقطع كروم عنه ، وجب عليه أن يقول في دعواه أنه قطع أشجاره حتى يكون مطابقا لنصوص الألواح ، قال قال غير ذلك سقطت دعواه — أنظر Lee, Historical Juris. p. 222 .

أيبوتيا^(١) حوالى ٢٠٠ ق . م مؤيدا لهذا النظام . ومنذ ذلك الوقت اتسع أمامه المجال لوضع مبادئ وأحكام جديدة ، بحيث وصل الى سماع الدعوى دون التقيد بالاجراءات الشكلية والى منح الدعوى أو منعها في غير الأحوال المنصوص عليها في الألواح . ومن ذلك اعطاء للدعى عليه الذى تعاقد تحت تأثير الغش أو الاكراه دفعا^(٢) لاسقاط الدعوى اذا ثبت الغش أو الاكراه ، وقد تدرج فاعتبر الغش والاكراه جريمة يترتب عليها دعوى بالزام مرتكبها بفرامة للمجنى عليه . ومن ذلك أيضا منح دعوى السرقة للمجنى عليه الأجنبي ضد السارق الرومانى ، وحماية حق المشتري الذى اكتفى بتسليم المال المباع اليه بدلا من اجراءات الاشهاد ، ومنح دعوى على من نقلت اليه ملكية شئ بقصد حفظه ودیعة أو رهنا أو استعماله عارية ثم لم يرد الملكية الى صاحبه الأصلى بعد انتهاء أجل الوديعة أو الرهن أو العارية ، ولم يكن قبل ذلك على المالك الجديد في هذه الأحوال أى التزام قانونى برد ملكية ما أخذه ودیعة أو رهنا أو عارية^(٣) .

مفسر البريتور

وقد توصل البريتور بهذه الصورة الى تكوين مجموعة من المبادئ القانونية معدلة لنصوص الألواح أو مخالفة لها . وكانت هذه المبادئ مبنية أحيانا على فكرة الاقتراض كما في دعوى الأجنبي على وطنى ، وفي حماية الذى اكتسب للملكية بالتسليم ، أو مبنية أحيانا على فكرة العدالة كما في أحوال الغش والاكراه في

(١) Loi Aebutia ومن هذا المهدى نظام التقاضى بنظام البرنامج Procédure

. formulaire

Exception (٢)

(٣) جبرار ص ٤٢ وما بعدها وص ٤٨ • وما بعدها ، وموجز كيك ص ٣٠٧ .

ومبادئ القانون الرومانى للمؤلف ص ١٨٦ .

المعقود . وكان البريتور يقرر مبادئه الجديدة متأثرا بآراء الفقهاء من جهة ، وبمجموعات البريتور الخاص بقضايا الأجانب من جهة أخرى ، اذ كان الأخير غير مقيد بنصوص أو قوانين بالنسبة للأجانب ، فكان أكثر صراحة وجراً في تقرير المبادئ القانونية الخاصة بهم^(١) .

وكان كل حاكم قضائي ينشر على الناس عند انتخابه بلاغا أو منشورا أو بياناً^(٢) ، يبين فيه خطته والأحوال الجديدة التي يمنح فيها للشخص حمايته ، أما باعطائه دعوى أو دفعا ، والمبادئ التي ينوئ ادخلها في القانون . وكان يطبق هذه المبادئ مدة حكمه ، وعند انتخاب غيره كان يحافظ عليها عادة في بلاغه الذي ينشره ، ثم يضيف إليها ما يراه صالحا من المبادئ الجديدة أيضا . وبذلك تكون على ممر السنين مجموعة من القواعد القانونية — قائمة بجانب نصوص القانون المدني — اما مكملة لهذه النصوص أو معدلة لأحكامها وسميت هذه المبادئ بالقانون القضائي أو البريتوري^(٣) .

ولم يكن منشور كل حاكم قضائي ملزما لهذا الحاكم الا الزاما أدبيا ، بحيث أن له أن يتبعه أثناء القيام بوظيفته ، وله أن يعدل عنه وأن يطبق نصوص القانون المدني حرفيا . وسنرى بعد كيف أصبحت قواعد كل منشور ملزمة قانونا للبريتور الذي أصدره ، وذلك في الأيام الأخيرة للجمهورية ، ثم كيف صارت هذه القواعد ملزمة لكل بريتور يأتي بعد الذي أصدرها ، وذلك في أوائل الامبراطورية ، فأصبحت بذلك تشريعا بالمعنى الصحيح مثل القانون المدني ذاته .

(١) Lee, Historical Jurisprudence, p. 221 et s. وكذلك شيرمان ص ٣٦ .

(٢) Edit., edictum

(٣) Droit prétorien أو Droit honoraire وهي مشتقة من كلمة honos أى المناصب

القضائية magistrature — أنظر جيرار طبعة ١٩٢٤ ص ٤٣ هامش ١ .

ثالثا — مجرود بريتر الأجانب

سبق أن عرفنا في دراسة الوسائل العامة لتطور الشرائع القديمة كيف أن الأجانب في روما لم يكن لهم في الاصل قانون معترف به ينظم أحوالهم ومعاملاتهم، سواء فيما بين بعضهم والبعض الآخر أو فيما بينهم وبين الرومان، إلا من كانت منهم منتفعا بمعاملات خاصة مع روما، كأهل قرطاجنة الذين كان لهم مع الرومان حق التعامل. وعرفنا أن القانون الروماني لم يكن قابلا لسريانه على الأجانب لما سبق بيانه من الأسباب. فلما اتسعت فتوحات الرومان في إيطاليا وفي جهات أخرى دخل في الدولة الرومانية طوائف عديدة من الرعايا دون أن يكون لهم حق التعامل، ثم كثرت الصلات الاقتصادية والتجارية بين الرومان وهؤلاء الأجانب في روما، فأصبح من الضروري أن يكون لهم حماية قانونية ما. ولذلك أنشئت في سنة ٣٤٢ ق.م وظيفة حاكم قضائي خاص بأمور الأجانب في روما ينتخب سنويا مثل البريتور الخاص بالرومان، وكان يتولى إحالة قضايا الأجانب إلى محكمين^(١) برنامج كتابي في كل قضية يبين فيه للحكم حدود مهمته في فحص الوقائع والفصل فيها، وهو النظام الذي استعاره منه بريتر الرومان وأصبح نظاما شرعيا للرومان بمقتضى قانون ايبوتيا. وقد اضطر بريتر الأجانب وليس أمامه نصوص قانونية يسير عليها أن ينشئ أحكاما ونظما قانونية لما يعرض له من الأحوال ومساائل النزاع المختلفة. وكان يستمد هذه الأحكام والنظم من التقاليد التجارية السارية في معظم الأمم المجاورة، ومن العناصر الجوهرية المشتركة في نظم البلاد المختلفة، ومن مبادئ العدالة. وتكونت من جهود هذا الحاكم مجموعة من القواعد القانونية خاصة بالأجانب وسميت بقانون الشعوب، باعتبارها جملة المبادئ

(١) وكان لهم اسم خاص وهو *arbitrator* أو *recuperatore* — أنظر تفصيل ظروفه

البناء هذه الوظيفة في Lee, *Historical Jurisprudence*, p. 281.

الطابقة للمعقول والمقبولة عند جميع الشعوب نخلوها من الرسميات والاجراءات الخاصة بكل بلد^(١).

ومن أمثلة النظم التي نشأت في قانون الشعوب التسليم والاضافة والاستيلاء من طرق اكتساب الملكية ، وحق الحكر والرهن غير الحيازى من الحقوق العينية^(٢) ، وتقدير الغرامة في جرائم الاعتداء على الشخص بحسب الضرر الناشئ عن كل جريمة لا يبلغ مقدار قانونا ، وتشديد العقوبة في جرائم السرقة والاعتداء اذا ارتكبت بالقوة ، ومحاربة الفس والاكراه في العقود^(٣).

وكان كل بريتور للأجانب يصدر عند انتخابه منشورا بالقواعد القانونية التي يرى اتباعها في مدة حكمه . وكانت هذه القواعد من المصادر الهامة التي استقى منها بريتور الرومان مبادئه التي يقررها في منشوره . كذلك كان حكم الأقاليم والولايات يستمدون من منشور بريتور الأجانب في روما قوانينهم التي يسيرون عليها في البلاد الخاضعة لحكمهم^(٤).

ويلاحظ أن قانون الشعوب الذي كونه بريتور الأجانب ، ولوانه مستمد من بعض التقاليد الاجنبية الى حد ما ، وخاص بمعاملات الاجانب سوا او مع الرومان ، الا انه ذو صفة رومانية ، لأنه صادر من حاكم روماني وهو بريتور الاجانب وتطبقه سلطات رومانية^(٥).

وقد رأينا كيف ان هذا القانون نسب مصدره الى القانون الطبيعي ، فارتفعت قيمته واندمج في القانون الامبراطوري ، فصار نافذا على جميع رعايا

(١) . Walten, Introduction to Roman Law, p. 249

(٢) Hypothèque و Emphythéose — أنظر Lee ص ٢٢٢ .

(٣) أنظر Girard ص ٤٢١ ، ٤٣٦ .

(٤) Walten ص ٢٤٩ — ٢٥٠ .

(٥) أنظر Lee ص ٢٢٢ .

الدولة من رومان وأجانب .

رابعا — عمل المشرع

علمنا أن السلطة التشريعية في عصر الجمهورية كانت لمجلس الشعب ومجلس العامة ، ولكن القرارات التشريعية التي صدرت منهما كانت قليلة العدد قاصرة على الأمور الخطيرة ، وقد تقدم في البحث الأول بيان القوانين الهامة منها ^(١) . ونضيف إليها هنا قانون « سيليا » الذي أنشأ دعوى خامسة من دعاوى القانون اسمها « الاعلان » ^(٢) ، للمطالبة بمبالغ محددة للمقدار أو بأشياء معينة ، وهي تمتاز عن دعوى القسم ببساطة اجراءاتها ، وبأن مبلغ الرهينة الذي يدفعه كل من الخصمين على صحة دعواه يذهب لكاسب الدعوى لا للدولة ، وبأنها تتيح للمدعى فرصة انتهاء النزاع في دوره الأول بتوجيه البين الحاسمة الى المدعى عليه بالأدائه أو رده على المدعى . وكذلك قانون « اكيليا » ^(٣) الذي وضع تنظيما شاملا للجرائم الاضرار بأموال الغير من رقيق وحيوان وديون ، بعد أن كان هذا النوع من الجرائم قاصرا على حالات فردية مبينة في الألواح كقطع الأشجار وحريق المنازل بالاهمال . وأخيرا قانون « جوليا » ^(٤) الصادر في سنة ٨٩ ق.م بمنح الجنسية الرومانية لأهل إيطاليا ، ولهذا القانون خطورة كبرى في تمهيد المرحلة الثانية لتطور القانون الروماني .

(١) راجع ص ٩٥ — ٩٦ من البحث الاول .

(٢) *condictio* وهو أن يعلن المدعى خصمه بالحضور بعد ثلاثين يوما أتم الحاكم حق بينهما قاضيا يفصل في النزاع — راجع أحكامها واجراءاتها في جبرار ص ١٠٤٨ ، وفي Lee ص ٢١٨ ، وفي مقال البروفسور دويز في مجلة القانون والاقتصاد . السنة الرابعة — ص ٦٧ وما بعدها من القيم الفرنسي وقد كانت عند انشائها خاصة بالنقود ، ثم صدر قانون *Calpurnia* فجعلها شاملة للأشياء للمينة .

(٣) *Lex Aquilia* وتاريخ صدورهما غامض تحديده — وهو بين تاريخ وضع الألواح ومنتصف القرن الثاني قبل الميلاد — جبرار ص ٤٣٢ .

(٤) *Lex Julia* وهي خامسة المرحلة الأولى للقانون الروماني .

الفصل الثانى

القانون الرومانى كنظام للدولة الرومانية

- ١ - عهد الجمهورية الاخير ، ٢ - عهد الامبراطورية العليا .
٣ - عهد الامبراطورية السفلى .

فتحت روما بلاد إيطاليا فى القرن الثالث قبل الميلاد ، وأتمت فتوحاتها فى اسبانيا وقرطاجنة واليونان فى خلال القرن الثانى . وفى أوائل القرن الاول ثارت البلاد الإيطالية على روما مطالبة بالمساواة بين أهلها وبين الرومان فى الحقوق والجنسية ، فشبثت حرب سميت بالحرب الاجتماعية كادت تقضى على روما لولا صدور التشريع السالف ذكره فى سنة ٨٩ بمنحهم الجنسية الرومانية ، فصار لهم الحق فى الاشتراك فى النظم الرومانية والاحتماء بالقانون الرومانى . وكان هذا القانون الى ذلك الوقت نظاما مقررأ لأهالى مدينة روما ، بفضل العوامل التى تقدم وصفها ، والى أحدثت فيه من التعديل والتوسع ما جعله صالحا لسكان المدينة. فلما صدر قانون «جوليا» صار من الحتم تطبيق قانون المدينة على الدولة ، واستنزم ذلك تطورا جديدا فى القانون الرومانى حتى يلائم الحالة الجديدة ^(١) . هذه هى المرحلة الثانية للقانون الرومانى، وهى تشمل العهد الاخير من الجمهورية ، وعهد الامبراطورية السابق على انتشار الديانة المسيحية ، ثم العهد التالى لذلك حتى جستينيان . ومنشعب سير القانون فى هذه المصور .

عهد الجمهورية الصغير

من سنة ٨٩ — ق م —

كان من نتيجة اتساع الدولة الرومانية وكثرة فتوحاتها أن تغيرت الحياة الاجتماعية تغيرا جوهريا ، وانتقلت من حالة زراعية بسيطة الى حالة أخرى تقدمت فيها التجارة والصناعة ، واتسعت الثروات وموارد الرزق ، وضعف فيها الايمان بالأديان واحترام التقاليد ، وتنوع الصلات والعاملات بمهاجرة عدد عظيم من أهالي الأقاليم والولايات الى روما ، وانتقال عدد آخر من الرومان جنود وتجار الى المستعمرات ^(١) .

لذلك أخذت الأفكار القانونية في التهذيب والاتساع حتى تشمل الأحوال الجديدة ، وبدأ وضع قواعد عامة جعلت أساسا للنصوص المنفردة أو الحلول القانونية الفردية ، وتقاسم عملية للأشياء والأموال والحقوق والعقود . وكان الفضل في هذه الحركة العملية راجعا الى الفقهاء والشراح ، حتى اعتبر هذا العهد فاتحة العصر العلمي ^(٢) ، وهو الذي ينتهى بآتداء القرن الثالث بعد الميلاد . ومن أشهر الفقهاء في أواخر الجمهورية شيشرون المعروف ببلاغته في الخطابة والكتابة ^(٣) ، وهو الذي اعتنق فلسفة الإهد اليونانية ، وتناول نظرية القانون الطبيعي بالدرس والتهذيب

Cug, Manuel des Institutions Juridiques des Romains, p' 6 (١)

(٢) Epoque Classique — وقد اختلف الباحثون في تحديد مدته ، وأرجح الآراء انها نحو أربعة قرون بدأت قبل الميلاد بنحو مائة عام وانتهت ببدء بنحو ثلاثمائة — أنظر موجز كيك المرجع السابق ص ٣ .

(٣) وكانت حياته في ١٠٦ — ٤٣ ق م . واليه يرجع الفضل في الوقوف على قواعد القانون الروماني في العهد الجمهورى وعلى الأخص الجاوى والاجراءات القضائية — أنظر شيرمان — جزء أول — ص ٤٨ .

واعتبره مصدرا لقانون الشعوب ، وكان لعمله هذا أثر خطير في تطور القانون في العصر الامبراطوري .

وقد استمرت العوامل الأخرى — المشرع والحاكم القضائي — في تطور القانون الروماني بالصورة التي تقدمت في الفصل الأول . بل أصبح المنشور الحاكم القضائي ، سواء أكان مختصا بقضايا الرومان أم بقضايا الأجانب ، مركزا رسميا من الوجهة القانونية ، حيث صدر في سنة ٦٧ ق.م قانون « كورنيليا » يجعل كل حاكم ملازما باتباع منشوره في مدة حكمه وبتطبيق مبادئه عند الفصل فيما يعرض عليه من القضايا ، وبذلك ازدادت خطورته في تهذيب النظم القانونية ^(١) .

ونشير هنا الى ان القرارات التشريعية التي كانت تصدر من مجلس العامة كانت أكثر عددا وأكبر أهمية من قرارات مجلس الشعب المشكل من الاشراف منذ العهد للملكي ^(٢) ، بل ان بعض الباحثين يقرر بأن مجلس الشيوخ ذاته لم يستعمل سلطته التشريعية فيما عدا تحضير مشروعات القوانين وتسجيل القوانين الصادرة من المجالس الشعبية ^(٣) .

— ٢ —

عمر الامبراطوريتين العليا

من سنة ٢٧ ق.م

تقلب أو كثاف على منافسه انطونيو وحليفه كليوباترا في معركة حربية

(١) Lol Cornelia — وقد أطلق عليه من ذلك الوقت عبارة المنشور الدائم

Edictum perpetuum — راجع جيرار ص ٤٣ — وكذلك Lee ص ٢٣٠ .

(٢) Havelin ص ٦٧ .

(٣) Sherman جزء أول ص ٤٥ .

سنة ٣٠ ق.م ، وضم مصر الى الامبراطورية الرومانية وأصبح صاحب السيادة في الدولة . وعند ما انتهت الحالة العرفية التي ترتبت على الحرب أعلن في سنة ٢٧ إعادة الحياة الدستورية وانه ترك شئون الدولة الى مجلس الشيوخ والشعب ، وقد منحه مجلس الشيوخ لقب « أوغسطس » ^(١) . ومع احتفاظه بالمظاهر الجمهورية من مجالس وحكام منتخبين ، فانه كان في الواقع مستقلا بأمور الحكم ، وازدادت هذه الحالة في عهد خلفائه على العرش في خلال هذا العصر ^(٢) .

وقد ترتب على هذا التغير في نظام الحكم تعديل في عوامل التطور القانوني التي كانت تعمل في خلال العصر الجمهوري ، كما يتبين من التفصيل الآتي : —

١ - مجهود البريتور

فالحاكم القضائي ضعف نشاطه وقل ابتكاره للمبادئ القانونية في منشوره ، ومع أن سلطته ما زالت باقية وحقه في تعديل المنشور وتجديد القانون قائما ، فقد ضاع استقلاله نظرا لانتساع نفوذ الامبراطور ^(٣) . وتدخله في التشريع وفي تفسير القوانين ، وقد تركزت السلطة القضائية في يده ، اذ أصبحت جهة الامبراطور مقر الفصل النهائي في كل نزاع ، يرضع اليها استئناف الأحكام من كل مكان في

(١) Augustus وهو يعرف بهذا الاسم في التاريخ .

(٢) أنظر Sherman جزء أول — ص ٥٠ .

وقد كانت سياسة أوغسطس أن يستبقى ما استطاع هيكل التقاليد المحبوبة الى قوس شبه وأن يقره بأن إنشاء الحكم الامبراطوري لم يحدث تغييرا جوهريا فيها ، لأنه كما قال بعض المؤرخين « كان شاعرا بأن الناس تحكمهم الأسماء وأن مجالس الشيوخ والمائة ستضع لاستبداده ما دام يؤكد لها في احترام أنها تتمتع بحريتها القديمة » — راجع Lee ص ٢٥٠ .

(٣) قصد بكلمة الامبراطور في هذا البحث من تولى الحكم في هذا العهد منذ أوغسطس .

الدولة ، ولكل فرد من الرعية أن يعرض عليه قضيته^(١) . وقد ترتب على كل ذلك أن تعطلت وظيفته الانشائية ، وتداول منشور البريتور من سلف الى خلف بغير تغيير أو اصلاح . وبذلك قضى بالتدرج على عامل قوى فى تهذيب القانون ، الى أن تم ذلك نهائيا فى عهد الامبراطور هادريان سنة ١٣١ ب . م ، حيث جمعت القواعد التى قررتها منشورات البريتور الخاص بالرومان ومنشورات البريتور الخاص بالأجانب ، كل منهما فى مجموعة واحدة رسمية صودق عليها بقرار من مجلس الشيوخ ، وأصبحت ملزمة قانونا لكل بريتور وغير قابلة للتغيير^(٢) .

٢ - عمل المشرع

أما السلطة التشريعية فقد انتقلت مع مرور الزمن من مجالس الشعب الى مجلس الشيوخ ، ولم يبق لها فى آخر الأمر الا المصادقة على قرار مجلس الشيوخ بمنح السلطات العليا للامبراطور عند جلوسه على العرش .

وقد ورث مجلس الشيوخ السلطة التشريعية مع الامبراطور ، وشاركه فى الادارة العليا وفى الشئون المالية ، وذلك بأن اقتسم المجلس والامبراطور أقاليم الدولة ، قسم منها خاضع لادارة المجلس ويدخل ايرادها فى الخزينة العامة ، وقسم آخر فى يد الامبراطور ويدخل ايرادها خزينته الخاصة . ومن أجل هذا الاشتراك فى السلطة بين الجهتين يطلق المؤرخون على النظام السياسى الذى أقره

(١) Lee ص ٢٥١ .

(٢) وقد عهد بجمع المنشور وترتيبه الى قبه شهر اسمه « جوليان » *Salinus Julianus* ، وعمله هذا يعتبر تجميعا رسميا لمبادئ المنشور القضائية ، ولا زال يطلق عليه اسم « المنشور الدائم » لا بمعنى أنه دائم لمدة سنة واحدة كما كان من قبل بل بمعنى دوامه لأجل غير مسمى كالقانون المدنى ذاته . ويرى بعض الباحثين أن البريتور يبق له بعد ذلك أن يضيف الى المنشور أحكاما عن الحالات الجديدة التى لم يتناولها المنشور الدائم — *Havelin, Cours de*

أوغسطس اسم « النظام الثنائي » ^(١) .

وكانت القرارات التشريعية الصادرة من مجلس الشيوخ في هذا العهد تسمى « مشورة الشيوخ » ^(٢) ، وإنما كانت لها قوة القانون العادى منذ عهد هادريان على الأقل . وقد صدرت منه عدة قوانين ذات صفة تشريعية في القرن الثاني بعد الميلاد ، ولكنها اقطعت يده القرن الثالث ، لأن اختصاصه التشريعى لم يكن فى الواقع الا مرحلة متوسطة بين الشعب والامبراطور ^(٣) ، فقد تولى الأخير بدوره انتزاع هذه السلطة من مجلس الشيوخ لنفسه شيئاً فشيئاً حتى استقرت فى يده .

ذلك أنه بعد أن كان هذا المجلس يصدر قراراته أو مشوراته بعد البحث والمناقشة فيما يعرضه الامبراطور عليه من مشروعات القوانين ، صار مع ازدياد نفوذ الامبراطور ملازماً باقرارها دون البحث فيها وبمجرد تلاوتها على أعضائه ، مما دعا فقهاء ذلك العصر الى أن يطلقوا على القوانين الصادرة بهذه الطريقة من المجلس الاسم الذى يتفق على حقيقتها ^(٤) . ثم انتهى الامبراطور الى اصدار قراراته دون عرضها على مجلس الشيوخ ، واتخذت هذه القرارات اسم « اليمسائير الامبراطورية » ، وقد حلت محل « مشورات الشيوخ » منذ مبدأ القرن الثالث ، واكتسبت صفة تشريعية لا نزاع فيها ^(٥) .

« واليمسائير الامبراطورية » على أربعة أنواع : منشورات ، وتعليمات ،

(١) Dyarchie — راجع جيرار ص ٥٠ — ٥١ .

(٢) Senatus Consultes .

(٣) Huvelin ص ٨٤ .

(٤) أي Oratio وهو يفيد معنى الخطبة أو التلاوة — راجع جيرار ص ٦١ .

(٥) جيرار ص ٦١ وهو يمتد فى ذلك على أقوال الفقيه الرومانى جايوس Gains فى

كتابه ، واسمها بالفرنسية Constitutions Imperiales .

وأحكام قضائية ، وفتاوى^(١).

فالنشورات بيانات يصدرها الامبراطور ، كما كان يصدرها الحاكم القضائي عند توليه الحكم ، يرسم بها المبادئ العامة التي يأخذ بها مدة حكمه ، وهي في الغالب لا تسرى الا مدة حياته وتسقط بانتهاء عهده كما كان أمر الحاكم القضائي في مصر السالف ، ولكن منشور الامبراطور أصبح ابتداء من القرن الثالث مصدرا قانونيا غير محدد الأجل كالتانون المادى ذاته^(٢).

والتعليمات ارشادات فردية يبعث بها الامبراطور الى الحكام وعلى الأخص حكام الأقاليم ، وكانت تحتوى على كثير من المبادئ في القانون الجنائي وفي القانون الخاص ، وهي لا تنزم بالعمل بها الا الحاكم الذى صدرت اليه ، ونظرا لذلك ولصفتها الادارية الغالبة لا يذكرها فقهاء الرومان من بين النساتير التشريعية^(٣).

والأحكام القضائية قرارات تصدر من الامبراطور بالفصل في القضايا التي تعرض عليه اما بصفة استئنافية واما بصفة ابتدائية ، وهي لا تنزم الا طرفى القضية التي فصل فيها ، ولكنها قد تحتوى على مبادئ قانونية عامة واذا ذلك تكون نافذة على القضاة شأنها شأن النشورات الامبراطورية .

والفتاوى انما هي آراء فقهية تصدر من مجلس الامبراطور بناء على طلب الأفراد أو القضاة في بعض المنازعات التي ترفع الى الحاكم ، وهي في العادة لا تكون نافذة الا في الحالة التي وردت عنها ، ولكنها كالأحكام القضائية قد تكون في صيغتها ذات صفة عامة فيصبح الحكم فيها لازما للناس في الحالات المشابهة^(٤).

(١) *rescripta* و *decreta* و *mandata* و *edicta* .

(٢) هيفلان ص ٨٥ .

(٣) جيرار ص ٦٢ .

(٤) هيفلان — المرجع السابق .

ونرى مما تقدم أن الامبراطور قد استأثر بالوظائف التشريعية والقضائية التي كانت في أيدي الشيوخ والحكام القضائيين ، وتوحدت بذلك في شخصه عوامل عدة في ارتقاء القانون وتعديل أحكامه .

٣ — الفسطاط الفقري

أما جهود الفقهاء فقد بلغت في هذا العهد ذروتها من النشاط وسعة البحث والتهديب العلمي ، ومن مظاهر ذلك انقسامهم الى مذهبين كبيرين ، مذهب « السابنيين » ومذهب « البروكيليين » ، وقد اتخذ كل منهما اسم زعيمه في مبدأ الامبراطورية ^(١) ، وإن كان الفضل في تأسيسهما راجعا الى قهين سابقين ^(٢) يرجع الخلاف في القهه بينهما الى خلاف في المبادئ السياسية ، فقد كان مؤسس المذهب الأول مناصرا للنظام الجديد حائزا حظوة الامبراطور ، بينما كان مؤسس المذهب الثاني كارها له وفيا لمبادئ الجمهورية ^(٣) . ومن أكثر المسائل غموضا وخلافا بين الباحثين تحديد الفوارق الفقهية بين هذين المذهبين ، وقد تعددت في ذلك الآراء وتناقضت :

(١) Sabinus وزعيمهم Proculiens ثم Proculus وزعيمهم .

(٢) كابيتو Capito هو مؤسس المذهب الأول ، ولايو Labeo مؤسس المذهب الثاني ، ولكن كل منهما اشتهر باسم زعيمه الثاني .

(٣) يؤثر عن « لايو » أنه بعد تولى الامبراطور الأول الحكم اقر مجلس الشيوخ مرة اقتراحا بأن يتناوب أعضاؤه حراسة القصر أثناء نومه ، قال « لايو » عند ذلك متهمكا « اني أعطى في نومي فلا أصلح لأن أكون حارسا على باب مضجعي » أنظر Walton ص ٢٨١ . وكان « لايو » فوق ذلك طالما قديرا واسع الثقافة منسجما بالفلسفة اليونانية جريشا في استنباط الآراء موليا بلخضاع القواعد الفردية الى مبدأ جوهرى واحد أو الى نظرية عامة ، وكان لجهوده العلمية تأثير كبير في القانون بعد عهده ، وقد قل جستنيان في « موسوعته » كثيرا من آرائه ومبادئه ، واليه يرجع الفضل في التفريق بين الدعاوى المدنية والدعاوى الشخصية — راجع Lee ص ٢٦٢ .

يستند البعض أن آثار الخلاف بينهما تدل على أن للذهب الأول كان يؤيد قانون الشعوب ومبادئ القانون الطبيعي ، بينما كان للذهب الثاني يحتفظ بولائه لقواعد القانون المدني^(١) ، ولذلك قيل بأن الأول مذهب التجديد والثورة على الشكليات ، وأن الثاني مذهب المحافظة على التقاليد والتمسك بحرف القانون^(٢) . ويرى البعض الآخر أن كثيرا من الآثار تدل على عكس ما تقدم ، وعلى أن أنصار المذهب الأول قد تعلقوا بالقديم وبالتقاليد التاريخية ، وأن فقهاء المذهب الثاني نزعوا إلى الجديد والتحرر من الماضي وإلى استحداث النظريات العلمية العامة^(٣) .

ويقرر فريق ثالث من الباحثين أن اختلاف المذهبين يرجع إلى أنه كان لكل منهما معهد خاص أو مدرسة خاصة يتولى جماعة من العلماء الدراسة فيها برئاسة زعيم منهم ، فنشأ بينهما من التنافس مثل ما ينشأ في العصر الحديث بين جامعتين في بلد واحد ، وليس بين فقهاء المدرستين فوارق عامة في الآراء الفقهية أو في وجهات النظر العلمية^(٤) .

(١) هذا رأى للمالم Koriéwa قوله Muirhead في كتابه Historical Introduction to the private Law of Rome, 1916, p. 288

(٢) Lee ص ٢٦٢ — من ذلك أن للذهب الثاني كان يمارس في تغيير إجراءات التقاضي وفي جعل القاضي موظفا حكوميا يتولى الفصل في الدعوى كلها ، بينما كان المذهب الأول يوافق على هذا الاتجاه الذي رى إليه النظام الامبراطوري — موجز كيك ص ٣٤ .

(٣) Huvelin ص ٩٤ ، وموجز كيك Cuy ص ٣٣ وما بعدها
ومثل ذلك الخلاف بينهما في التنوع Specification كتحويل عب الغير إلى تبيذ ، يرى المذهب الأول أنه يبقى لصاحبه القديم ، ويرى للذهب الثاني أنه أصبح شيئا جديدا فصار ملكا لمن صنعه أو حوله — جيرار ص ٣٣٢ ومبادئ القانون الروماني للمؤلف ص ١٧١ .

(٤) Walton ص ٢٨٢ ، Muirhead ص ٢٨٨ — وإن كان يفترض على هذا الرأي الأخير بأن في سلسلة زعماء المذهبين شخصيات سياسية لا يظن اشتغالها بالتدريس ، فإنه يتفق مع ما يؤخذ من أقوال فقهاء الرومان المتأخرين — راجع جيرار Girard, Droit Romain ص ٦٧ .

وعلى كل حال فإن هذا الاقسام الذى حدث بين الفقهاء منذ مبدأ القرن الأول بعد الميلاد قد زالت أغلب مظاهره فى منتصف القرن الثانى ، عند ما ضم الامبراطور هادريان زعيمى الحزبين فى مجلسه الاستشارى ، خففت حدة الخلاف واتفقت الآراء بينهما ، وكان ذلك من الأسباب التى أفضت فى النهاية الى توحيد القانون المدنى والقانون القضائى من طريق القرارات التشريعية الصادرة من الامبراطور^(١) .

وقد ترتب على تقدم الحركة الفقهية ارتفاع فى القانون واتساع نطاق التشريع ووفرة الانتاج العلمى ، فقد كان الفقهاء يماونون الامبراطور فى أعماله التشريعية وينذون نشاطه بالرأى والمشورة ، وكانوا يمدون القضاة والأفراد بالفتاوى العلمية فيما يعرض لهم من القضايا ومسائل النزاع ، وكانوا يزودون الفقه بمحورهم وجدلم حول النصوص ، وبالبادئ العامة والنظريات العلمية التى صاغوها فى دقة وغزارة لم يصل اليها العلم القانونى فى أى عصر آخر من عصور الشريعة الرومانية^(٢) .

أما العوامل التى ساعدت نهضة الفقه وارتفاع شأنه فى ذلك العصر فهى متعددة مختلفة ، أهمها ثلاثة : فالعامل الأول ما ناله الفقهاء من العطف والرعاية لدى الامبراطور ، فقد فتح لهم أبواب المناصب الكبرى فى النولة حتى أسندت الوظائف شبيه الحرية الى البارزين من رجال القانون ، وكذلك احتوى مجلسه

(١) Sherman جزء أول ص ٦٨ .

(٢) وكانت مؤلفاتهم موزعة على عدة أمور ، منها ما تدون فيها مجموعات الفتاوى الفقهية سواء كانت خاصة بقضايا عملية أو بمسائل نظرية ، ومنها تطبيقات وشروح على القانون المدنى أو على القانون البريتورى أو على الاثنين معا ، ومنها كتب موجزة للدراسة ، ومنها كتب تبحث فى مواضع قانونية معينة ، وكثير من هذه المؤلفات العلمية قد عثر على مخطوطات منها فى المصر الحديث — راجع تفصيلات ذلك فى كتاب Huvelin, Cours de Droit Romain ص ٩٦ وما بعدها .

الامبراطورى أعضاء من كبار القهاء للاستعانة برأيهم ونصحهم ، وفى ذلك ما فيه من تقدير للعلم وتشجيع لرجالہ على البحث والتفوق ^(١) .
والعامل الثانى انشاء امتياز يسمى « حق الاقتاء » ^(٢) ، يمنحه الامبراطور لمن يختص به من جابذة الفقه . ومنح هذا الامتياز لقيه لا يمنع بقية زملائه من اسداء الفتاوى لمن يطلبها من الأفراد أو القضاة كما كان الأمر من قبل ، ولكنه يلقى على حائزه صفة رسمية ويجعل فتواه ملزمة للقاضى فى الدعوى متى كانت وقائمه مطابقة لما جاء فى الفتوى . والذى وضع هذا الامتياز هو « اوغسطس » ، لشعوره بقيمة اكتناف ذوى النفوذ من القهاء ، وبالخطر فى ازدياد الثقة بآراء القهاء الذين ينفرون من نظام حكمه ^(٣) ، ولذلك فان أول من حظى بهذا الامتياز « ساينوس » زعيم المذهب الذى اكتسب اسمه والذى كان مؤسسه الأول من أنصار العهد الجديد .

٤ — الثقافة اليونانية

والعامل الثالث فى اعلاء شأن الفقه عامل جديد كان له أثر خطير فى توجيه الفقه والقانون ، وهو الفلسفة اليونانية . وقد رأينا فى البحث الأول كيف نشأت

(١) Lee من ٢٦٥ .

(٢) *jus respondendi* .

(٣) مثل الفقيه « لايو » صاحب الميول الجمهورية — راجع Walton من ٢٨٠ وقد كان نظام الاقتاء الحساس مميولا به من قديم فى روما يستعين فيه القاضى بآراء القهاء ، وقد يبدو هذا غريباً فى العصر الحاضر ، ولكنه كان ضرورياً عند الرومان لأن القاضى *index* لم يكن من رجال القانون بل فرداً عادياً ، واستمر الحال كذلك فى خلال العصر الجمهورى كله وفى عصر الامبراطورية العليا أى الى سنة ٢٨٤ بعد الميلاد ، وهما المصهران اللذان كانت الدعوى تنظر فيهما على دورين . وكان الفقيه فى مبدأ الأمر يذهب الى المحكمة ويقدم فتواه فيها كشاهد ، وبعد ذلك كان يرسلها كتابة الى القاضى ، واخيراً كان ييشها فى خطاب محتم يحتم بعض فى الجلسة ويقرأ — انظر Walton من ٢٦٧

فكرة القانون الطبيعي في اليونان وكيف انتقلت الى الدولة الرومانية ، وان ذبوعها في هذه الدولة تم على يد « سيسرون » أول من اعتنق فلسفة الزهد وقام بالدعوة اليها ، وانما سادت في نفوس عدد عظيم من مفكرى الرومان من جميع الطبقات الاجتماعية ، حتى اعتلت العرش في شخص الامبراطور « مارك أوريل » الذى كان من أكبر أنصارها والمؤمنين بها ^(١) .

ولا نعرض هنا لما تناوله البحث من قبل من الأركان والأسس التى قامت عليها فلسفة الزهد والقانون الطبيعي ^(٢) ، وانما نكتفى بالإشارة الى أثرها العام في الفقه وفى بناء النظريات القانونية والمبادئ العامة التى أنشأها الفقهاء متأثرين بهذه الفلسفة .

وأول مظهر يراه الباحثون للأثر الذى ترتب على فكرة القانون الطبيعي — الثابت في كل عصر لا فرق بين عدل اليوم وعدل الغد ، والسائد على أفراد كل شعب لا فرق بين وطنى وأجنبى ولا بين حرورقيق ، وللطابق لشعور العدالة في النفس — قيام أساس على الفقه والبحث القانونى . فلم يعد الفقه مجرد المام بالأحكام والحلول المتبعة في عصر من العصور ، أو معرفة بالتقاليد والقواعد المصطلح عليها بين أفراد شعب من الشعوب . بل امتد الفقه الى تحليل هذه الأحكام والقواعد وارجاعها الى الأصول الجوهرية العامة التى صدرت عنها ، واستخلاص هذه الأصول المتفق عليها وطبيعة الأمور والسائدة في كل زمان ومكان ، ثم تعميم مفعولها واخضاع شئون الحياة العملية لحكمها . وبذلك أصبح الفقه علما بأصوله وأساليبه ، وأخذ يؤدي وظيفته الصحيحة ، وهى استنباط الأصول العامة والنظريات

(١) أنظر كتاب Ius ص ٢٥٧ .

(٢) راجع ص ٧٦ وما بعدها من البحث الأول .

الأساسية التي تتفرع عنها أحكام القانون فيما يطرأ من الحالات الاجتماعية والروابط الإنسانية .

والمظهر الثانى لتأثير فلسفة القانون الطبيعى فى الفقه عند الرومان هو الاقرار بالصلة الوثيقة بين المبادئ الخلقية والقواعد القانونية ، ولقد اتجه الحاكم القضائى من قبل نحو ذلك بأن اعتبر حسن النية ميزانا للتعامل بين الناس فى بعض الحالات ووسيلة للتوفيق بين مصالح الأفراد ، ولكن مذهب الزهد يجعل الخلق أساسا عاما وعنصرا جوهريا فى القانون ، ويجعل الأحكام القانونية مبنية على مبادئ ثابتة من الحق والعدل ، بعد ان كانت قبل ذلك قائمة على الرسوم والتقاليد . غير أنه رغمًا عن هذا الارتباط بين الخلق والقانون ، فإن فقهاء الرومان لم يخلطوا بينهما ولم يحاولوا صوغ جميع التعاليم الخلقية فى قواعد قانونية ، ولذلك فإن من بين الفضائل الخلقية الأربع التى تقوم عليها فلسفة الزهد — وهى الشجاعة والاعتدال والحكمة والعدل — لم يتصل القانون منها الا بالفضيلة الأخيرة ^(١) .

ونظرة سريضة الى تعاليم القانون الطبيعى التى انتقلت الى الفقه الرومانى توضح لنا المظهرين المتقدمين لما أحدثته فلسفة اليونان فى فقه الرومان ، وبعض هذه التعاليم ما يأتى :

١ — مبدأ الاعتراف بالحقوق الناشئة من صلة الدم بصرف النظر عن سلطة الأب ، ومعنى ذلك ان القرابة الطبيعية منشئة للحقوق العائلية بين الأقارب ولو لم تربطهم قرابة مدنية مؤسسة على السلطة الأبوية . فلا ابن الذى حرره أبوه من سلطته فزال حقه فى الميراث قديما قد استقر له هذا الحق فى هذا العصر ، وكذلك عد من الأقارب المتفروعون من النساء كالخال وابن الأخت وابن البنت ودخلوا فى

طبقات الوارثين بعد ان كانوا فى القديم غرباء عن الأسرة .

٢ — مبدأ الوفاء بالتعهدات سواء كانت فى صيغة رسمية أو غير رسمية ، فنشأت عقود ملزمة دون أن تكون شكلية ، بل أدى هذا البدء الى الاعتراف بما يسمى « الالتزامات الطبيعية » وهى الالتزامات التى لا يمكن المطالبة قانونا بتنفيذها لتقصها ركنا أو شرطاً من الشروط اللازمة ، كالالتزام الناشئ من عقود الرقيق وتعهدات القاصر بغير اذن وليه والديون التى سقطت بمضى المدة ، وكلها التزامات غير مدنية لا تؤيدها دعوى قضائية ، ولكنها قائمة فى الضمير يؤيدها القانون الطبيعى ، مما بحث الفقهاء على الاعتراف بوجودها قانونا الى حد ما ، بحيث أن أدائها يعتبر سداداً لدين لا تبرعاً باحسان ، وأنه يجوز لصاحبها فى بعض الأحيان أن يتمسك بالمقاصة بها ازاء دين مدنى عليه ^(١) .

٣ — مبدأ التناسب بين الغرم والغنم فى المعاملات ، فلا يجوز أن ينشأ عنها غبن فاحش لأحد الطرفين والا كان له الفسخ أو التعويض فى بعض العقود ^(٢) ، وكذلك لا يجوز للفرد أن يفتنى بغير حق على حساب غيره ، وهى نظرية خلقية واسعة وضعها الفقه الرومانى فى خلال العصر العلمى ، ورتب عليها عدة آثار فى علاقات الناس ^(٣) ، وكلها ترجع الى نفوذ الفلسفة اليونانية فى

(١) ألفطر جيار — ص ٦٧٦ وص ٦٧٩ وهامش ٤ فى الصفحة الأخيرة .

(٢) جعل جستنيان للبائع حق الرجوع فى البيع اذا كان الثمن أقل من نصف قيمة ما باعه ، ومن قبل عهده كان للقاصر أن يطلب ابطال أى تصرف حدث له منه غبن *lésion* . أنظر مبادئ القانون الرومانى للمؤلف — ٩٥ وص ٢٦٣ .

(٣) كالتزام برد ما دفع خطأ سداداً لدين مزعوم أو لدائن غير الدائن الحقيقى ، وحق التعويض عند الوفاء بأمر نظير سبب لم يتوفر أو مقابل مهمل لم يتحقق — ألفطر جيار ص ٦٥٠ وما بعدها .

أذهان الفقهاء^(١).

٤ — العبرة في العقود والتصرفات بنية المتعاقد أو للتصرف ، سواء كانت صياغتها في عبارات شفهية أو كتابية ، دون التقيد بالفاظ هذه العبارات وحروفها ، وعلى القاضى أن يكشف عن هذه النية ويبنى عليها حكمه . ومن تطبيقات ذلك إبطال العقد الذى يحدث بفش من أحد طرفيه للآخر ، وحق فسخ البيع اذا ظهر بالمبيع عيب خفى ولو لم ينص على هذا الحق في العقد^(٢).

ومن المتفق عليه أن فلسفة القانون الطبيعي كانت العامل الفعال في تغليب قانون الشعوب على القانون المدنى ، وفي توحيد النظم القانونية للتبعة في جميع البلاد والأقاليم الرومانية ، وفي بقاء القانون الرومانى قانونا للعالم الحديث^(٣).

(١) أنظر في ذلك وفي بسط آثار هذه النظرية — موجز كيك ص ٥٣٤ وما بعدها ، وقبل أن توضع في هذه الصورة العامة لم يكن في القانون الرومانى من الأحكام المنقطة مع نتائجها الا في حالات فردية نادرة .

(٢) راجع Walton ص ٢٥٨ ، Sherman جزء أول ص ٦٠ .

(٣) على أن بعض الباحثين في تاريخ القانون الرومانى ، مع اعترافه بما كان لنظرية القانون الطبيعي من الأثر في اللغة والقانون عند الرومان وما لمبادئه العامة الشاملة من القيمة وجزيل النفع ، يبدى عليها ملاحظات انتقادية : أولاها أن القانون الطبيعي ليس بمجموعة قواعد محدودة ، ولكنه ترجمة لفكرة العدل للطلق الذى يجب أن يتجسم في كل قاعدة من القانون الوضعى ، اذ القوانين البشرية ماهى الا مقررمة لمبادئ العدل الناتجة في النفوس . غير أنه متى وجدت قاعدة وضعية لحل مسألة من المسائل فقد تبين على القاضى أن ينفذ حكمها ولو بدت مناقضة للقانون الطبيعي ، وقد قال فقهاء الرومان فيما مضى أن « القانون قانون ولو كان قاسيا » dura lex sed lex ، فاذا أحرقتنا كتبنا ونصوشتنا وعهدنا الى كل قاض بأن يتصل في القضايا طبقا للقانون الطبيعي فقد وضعتا الهوى في موضع العدل . والثانية أن من الخطأ البالغ مشاطرة بعض الفلاسفة السابقين والحديثين اعتقادهم بأن الانسان في « حالة الطبيعة » او القطرة كان يتبع تماثيل الضمير الطاهر ، وبأن القانون الطبيعي كمثل عليا لعدل كل السائد في المجتمع القديم . فالأمر مكموس ، وللتأيت أن الانسان الفطرى كل أهد ما يكون من للقانون الطبيعي ، واذا أردنا أن نقرر على قوانين عادة حكيمة فلا محل للبحث —

وقد بلغ القانون الروماني مرحلته الأخيرة في تطوره العلمي بانتهاء هذا العصر أو بعده بقليل ، واقتصرت جهود المصور التالية في أغلبها على تقسيمه وتنسيقه وصوغه في نصوص محدودة ومجموعات رسمية وغير رسمية .

— ٣ —

(١) عهد الامبراطورية السفلى

من سنة ٢٨٤ ب م .

١ - وصف عام

يبدأ هذا العهد بمجلوس « ديوقليسيان » على العرش ، ويمتاز بثلاثة حوادث سياسية تمت على يديه ويدي خلفه « قسطنطين » ، وهي تحول نظام الحكم من نظام استبدادي مستتر بالمظاهر الجمهورية الى حكم مطلق صريح ، واقسام الامبراطورية الى دولة غربية ودولة شرقية لكل منهما امبراطور خاص ، وانتشار الديانة المسيحية حتى صارت دينا عاما رسميا للامبراطورية . وطبيعي أن يكون لهذه التطورات السياسية تأثير في حالة النظم القانونية والنشاط الفقهي :

أما من الوجهة التشريعية ، فقد تحول مجلس الشيوخ الى مجلس بلدي للمدينة سواء في روما أو في القسطنطينية ، وأصبح القناصل معينين بقرار

== عنها الى الجماعات المتوحشة ، كما أن الانسان المتدين القديم كان مولما بالاشكال والرسوم والتقاليد مستعبداً لهيمنة دون الروح ، ولم تكن البساطة في الحياة من صفاته بل هي من صفات القانون الحديث ، وليس أدل على ذلك من تاريخ القانون الروماني وتطوره .
راجع في هذه الملاحظات Walton ص ٣٥٩ والمراجع القى في هامش ص ٣٦٠ .

(١) Bas Empire يطلق عليه الكتاب الانجليز والامريكيون اسم الامبراطورية المسيحية the Christian Empire لارتفاع شأن الدين المسيحي في خلاله ، وهذا العصر القانوني ينتهي بانتهاء حكم جستنيان في عام ٥٢٥ — راجع جيرار ص ٧١ .

الامبراطور وخاضعين لأوامره ، واستمر باقى الحكم كوظفين للبلدية ، وبذلك صار الامبراطور المصدر الوحيد للتشريع . وكان تشريع كل دولة ساريا على الدول الأخرى ^(١) .

وقد تخلل هذا العهد من آن لآخر جهود بذلها بعض الفقهاء وبعض القياصرة فى تجميع الدساتير الامبراطورية والبادئ الفقهية ، مما انتهى به القانون الرومانى الى صورة تميزه عن العهود السالفة .

وكان للنظام القضائى نصيب فى هذا الاقلاب ، فقد توحدت السلطة القضائية فى أيدي قاض موظف تعرض عليه الدعوى فيفصل فيها من وجوب القانون والوقائع دون الأحالة على حكم ، وترتب على ذلك إلغاء نظام البرنامج الكتابى ^(٢) ، ثم وضع نظام لتنفيذ الأحكام بمعونة رجال الحكومة كما فى العصر الحديث .

أما الفقه القانونى فقد أخذ فى الضعف والاضمحلال منذ قسطنطين ، بسبب تدخل التشريع الامبراطورى فى معظم الأمور . وما زال الاستشهاد بآراء الفقهاء معمولاً به أمام المحاكم ، حتى صدر فى سنة ٤٢٦ قانون ^(٣) قصر الاستشهاد على آراء فريق معين من الفقهاء الأموات والأحياء ، بحيث يحكم القاضى طبقاً لرأى الأغلبية منهم ، فلم يبق مجال للبحث العلمى بعد ذلك .

(١) وكانت القرارات التشريعية تصدر باسم القيصرين ولو كانت من عمل أحدهما دون الآخر ، غير أن القرار الذى يصدره أحدهما لا يسرى على الدولة الأخرى الا بعد نفيه فيها — راجع موجز كيك Cuiq من ٣٢ .

(٢) وأصبح هذا النظام فى القضاء معروفاً باسم النظام الإدارى *procédure administrative* لأن القاضى فيه موظف معين من السلطة الإدارية ، ولم يكن منتقبا ولا مختاراً من الأفراد كما كان النظام القانونى فى العهود السابقة .

(٣) *Loi des citations* صدرت من الأباطوريين تيوفور الثانى وثلاثينيان الثالث — جيرار من ٧٦ .

وبالرغم من تأخر الحالة العلمية فقد عملت قوتان على اصلاح القوانين وتهذيبها ، وهما مذهب القانون الطبيعى الذى تقدم بيانه وكان أثره واضحا فى العهد الأول من الامبراطورية ، والدين المسيحى الذى سبأى الكلام عنه وكان أثره واضحا فى العهد الأخير منها .

٢ - الديانة المسيحية

بدأ انتشارها فى الدولة الرومانية ببدء القرن الرابع بعد الميلاد ، وكانت قبل ذلك موضع المقاومة والاضطهاد من الامبراطرة ، ثم اعتنقها الامبراطور قسطنطين وأصبحت ديانة الأغلبية مع احترام حرية الأديان الأخرى ، حتى قرر تيودوز الأكبر فى نهاية القرن الرابع اعتبارها دين الدولة الرسمى وحرم الديانة الوثنية .

اختلف الباحثون فى مقدار الأثر الذى أحدثته المسيحية فى تطور القانون الرومانى ، منهم من يرى اتساع نطاقه ومنهم من يبالغ فى ضآلته ، ويرى فريق معتدل أن المسيحية بصفتها ديانة أخلاق ورفق أثمت ما بدأت به الفلسفة اليونانية ، واكملت البناء الذى وضع مذهب الزهد أسسه وقواعده ، فأيدت مبادئه وساعدت على تحقيقها ، ولذلك فإن ضياع السلطة الأبوية التى كانت تهدم شخصية الابن ، وزوال السيادة الزوجية التى كانت تنكر حقوق الزوجة ، وجمل الميراث مبنيا على صلة الدم سواء كان الولد شرعيا أو طبيعيا أو محررا من والده ، لم تكن كلها بفعل المسيحية وحدها بل بدأت بها الثقافة اليونانية التى تقرر لكل فرد قيمته الأدبية فى الحياة وبالتالى تعترف له بشخصيته وحقوقه ، وجاءت المسيحية فأضافت إليها قوة جديدة ^(١) .

(١) أنظر تفصيل هذا الخلاف بين المؤرخين فى كتاب Sherman جزء أول - ص ١٢٧ .

غير أنه — عدا هذا التأثير الذى حدث منها فى القانون الرومانى بصورة
تبعية — كان للديانة المسيحية فى التشريع الامبراطورى لهذا العهد تأثير مباشر ،
بحيث لا ترجع نتائجه الا الى تغلب الروح الدينى على نفوس القياصرة ، فانشأوا
من ناحية قواعد ونظما جديدة تنفق وتعاليم الدين الجديد ، وألقوا من ناحية أخرى
قواعد ونظما قديمة تخالف هذه التعاليم .

فن المبادئ التى استحدثت موانع قانونية جديدة للزواج كتعريمه بين
المسيحيين واليهود وبين الفتاة ووكيلها الذى تولى تمعيدها لاعتباره أباً روحياً ،
ونظام منح البنوة الشرعية رقفا بالولد الطبيعى الناتج من المعاشرة بين رجل وامرأة
غير متزوجين ، ومنح حق التبني للمرأة «تسلياً لها عن فقدته من الاولاد» ^(١) ،
ووضع عقوبات قاسية لزنا الزوجة وللإلحاد ، وجعل الانتحار جريمة بعد ان كان
قبل ذلك حقا طبيعيا ^(٢) ، وترتيب المحاكم الكنسية منذ عهد قسطنطين قضائها
من رجال الدين للفصل — عدا المسائل الدينية — فى المنازعات المدنية التى ترفع
اليها برضى الخصمين ، وقد زاد فى اختصاصها هذا جعل القضاة المدنيين وفداحة
الرسوم القضائية فى المحاكم المدنية ^(٣) ، وكان من أثر ذلك نشوء قانون جديد الى
جانب القانون الرومانى ، وهو القانون الكنسى الذى أصبح له نفوذ خطير بعد
ذلك فى أوروبا خلال القرون الوسطى .

ومن النظم التى ألفت حق الميراث والنفقة الذى كان لابن الزنا بزواج الغير

(١) Sherman جزء أول ص ١٣١ — ١٣٣ ، موجز Cuy ص ١٦٣ .

(٢) Sherman ص ١٣٣ .

(٣) أنظر Muirhead ص ٣٤٦ — وقيل بأن نصرياً مشكوكاً فى ثبوته جعل بعد
ذلك لكل منع دفع دعواه أمام المحكمة الكنسية على رغم ارادة خصمه . وعلى كل حال
فإن الحكم الصادر من المحكمة الكنسية مثل قرار التعكيم ان لم ينفذه المحكوم عليه يرضاه
وجب تدخل القاضى المدنى لامكان تنفيذه عليه — المرجع السابق ص ٣٤٧ .

أو بمحرم على أمه قبل العناية المسيحية ، لأنه ثمة علاقة غير شريفة يكرها الدين الجديد ^(١) ، وقوانين اسقاط الوصية التي سنّها أوغسطس في أوائل الامبراطورية بموافقة مجلس الشعب لمحاربة العزوبة والاعراض عن النسل والميل الى الفساد ، والتي كانت تقضى بأن الرجل بين الخامسة والعشرين وبين الستين من عمره ، أو المرأة بين العشرين والخمسين من عمرها ، اذا كان أحدهما عازبا حرم من نصيبه في وصية من غير الأقربين (الى الدرجة السادسة) ، الا اذا أثبت عذرا مانعاه من الزواج ، واذا كان متزوجا ولم يكن له ولد ^(٢) حرم من نصف نصيبه ، وبأن الانصبا الساقطة تذهب الى بقية الورثة أو الموصى عليهم الذين لهم أزواج وأولاد ، وان لم يوجد أحد منهم ذهبت الى الدولة ^(٣) . فلما جاءت المسيحية وفيها نظام الرهبنة الذي يعتبر العزوبة فضيلة من الفضائل وسبيلا من سبل الحياة الطاهرة والسعادة الدينية ، أصبحت تلك الأجزية منافية لروح الدين الجديد فقرر قسطنطين إلغاءها في عام ٣٢٠ بعد الميلاد .

ولم يكن للديانة المسيحية الا أثر ضعيف في نظامي الرق والطلاق رغما من انها تعتبر الزواج رابطة أبدية بين الزوجين ، فلم تبطل الرق ولو أنها توسعت في طرق العتق وأسبابه وفي تحريم القسوة على الرقيق . أما الطلاق فقد كان حقا طبقا لكل من الزوجين يستعمله متى شاء مستقلا عن تدخل القضاء ^(٤) ، وبقى

(١) جيرار ص ١٩٤ .

(٢) وقد حدد القانون عدد الولد المانع من سقوط نصف نصيب المتزوج ، فيجب ان يكون للرجل ولد واحد على الأقل وللرأة ثلاثة على الأقل ان كانت حرة أصيلة وأربعة ان كانت حرة بالعتق — Walton ص ٢٧١ .

(٣) وقد سميت هذه القوانين عادة بالقوانين المسقطة Lex caducaria ، ولكن التشريع الذي صدر بها معروف باسم Lex papia poppaea وكان صدوره في العام التاسع بعد الميلاد — انظر المرجع السابق ص ٢٧٠ .

(٤) حتى قال بعض الأساقفة في ذلك العصر « ان الناس يريدون أزواجهم كما يريدون ملائمتهم » ، وقال آخر انه رأى في روما رجلا يعيش مع زوجته الحادية والعشرين بينما كانت هي قد مرت على اثنين وعشرين زوجا من قبله — انظر Muirhead ص ٣٤٦ .

كذلك في العهد المسيحي ، إلا أن الماطفة الدينية بثت بعض القياسرة على تقييد استعماله بتحديد الأسباب التي تبرر التطليق ، وهي الزنا وسوء السير والاعتداء ^(١) ، وبتقرير عقوبات مالية وشخصية على من يطلق زوجه لغير هذه الأسباب وعلى من كان سلوكه سبباً مبرراً لطلاقه . وقد اختلفت هذه العقوبات وتغيرت باختلاف القياسرة ، منها حرمانه من الدوطة وهبات الزوجية أو من ربع ثروته ، ومنها ما قرره قسطنطين من نفي المرأة وتحريم الزواج ثانية على الرجل ^(٢) ، أما الطلاق في ذاته فإنه يحدث أثره في الفرقة بين الزوجين رغماً عن انعدام سبب شرعي وعن تنفيذ العقوبة المترتبة عليه . وكذلك الطلاق الواقع بانفراق الزوجين لا قيد فيه . وإن يكن جستنيان قد بالغ في منع حدوثه بنسب سبب شرعي فقرر بأنه لا يكون صحيحاً إلا إذا سلك كل منهما الرهينة في الدبر ، فإن هذا القيد قد ألغى في بدء حكم خلفه لشدته ولخالفته للشعور العام ^(٣) .

٣ — عهد جستنيان ^(٤)

منذ العهد الذي جمعت فيه التقاليد القانونية في الألواح الاثني عشر ، وفي خلال العصور التي مرت بعد ذلك ، كان القانون الروماني في تطور مستمر ، فتكاثرت المبادئ التي وضعها الحكم القضاة ، وصدرت القوانين الجديدة

(١) ويمتوى قول أحد الفقهاء في موسوعات جستنيان على الجنون المتقطع *folle furieuse* ضمن الأسباب المبررة للطلاق . ولكن هذه الفقرة عمدة *interpolé* ومنسوبة كذباً إلى ما قبل عهد جستنيان — موجز كيك ص ١٧٣ هامش ٦ .

(٢) موجز كيك ص ١٧٣ .

(٣) موجز كيك ص ١٧٣ هامش ٨ .

(٤) ٥٢٧ — ٥٦٠ م .

من الهيئات التشريعية ، وتضاعفت الأوامر والمسائير الامبراطورية ، وبعضها متضارب وبعضها قد بطل العمل به ، ووضعت المؤلفات العلمية من آراء الفقهاء وأبحاثهم .

أمام هذه الكثرة في المبادئ القانونية وهذا التنوع في مصادر التشريع ، اشتدت الحاجة الى جمع القواعد القانونية وتنظيمها ، حتى يسهل على رجال القانون من قضاة ومحامين ومشرعين الوقوف عليها والاستشهاد بها ، وحتى تنتهى حالة الاضطراب والغموض التى كانت سائدة فى العصر الامبراطورى .

لذلك بذلت بعض الجهود من زمن الى آخر لجمع القوانين ، من الجهات الرسمية احيانا ومن الأفراد احيانا . حاول يوليوس قيصر أن يقوم بهذا العمل ولكنه قتل قبل أن يحقق رغبته ، وجمع العالم « جريجوار »^(١) فى سنة ٢٩٦ م. المسائير الامبراطورية الصادرة منذ عهد هادريان ، وجمع الفقيه « هرموجين »^(٢) فى سنة ٣٩٥ المسائير الامبراطورية التى صدرت منذ سنة ٢٩٥ الى عهده فأتم بذلك عمل سابقه ، وكانت كل من المجموعتين تسمى باسم واحد^(٣) . وفى سنة ٤٣٨ صدرت مجموعة رسمية من الامبراطور تيودوز الثانى فى الشرق والانتينيان الثالث فى الغرب ، شاملة للأوامر الامبراطورية منذ عهد قسطنطين ، وهى تعرف باسم « مجموعة تيودوز »^(٤) ومرتبعة فى ستة عشر كتابا وكل منها مقسم الى أبواب .

والى ان جاء جستنيان صدرت قوانين جديدة بعد تدوين المجموعات الثلاث السابقة ، بحيث احتاج الأمر الى جمعها من جديد ، وكذلك أصبح من

. Gregorians (١)

. Hermogenians (٢)

(٣) Codex أى دفتر او كراسة ، ومنها كلمة Code الحديثة .

. Code Théodosien (٤)

الضرورى ترتيب آراء الفقهاء ومؤلفاتهم ووضعها فى قالب موجز ذى صبغة رسمية للعمل بها فى المحاكم . فشكل جستنيان لجنة فى سنة ٥٢٨ لجمع النصوص القانونية ، وانتهى فى سنة واحدة من وضع المجموعات الثلاث السابقة فى مجموعة واحدة سميت بالاسم السابق ، بعد تنقيحها وازالة التكرار منها وحذف النصوص التى بطل العمل بها ، وهى فى اثنى عشرة كتابا . وفى سنة ٥٣٠ نظم لجنة أخرى لجمع الآراء الفقهية وابحاث العلماء فى ايجاز وترتيب ، وقد تم ذلك بعد سنتين فى مجموعة أسماها «للموسوعة»^(١) وهى فى خمسين كتابا . وفى سنة ٥٣٣ وضعت مجموعة علمية أخرى أسماها النظم القانونية^(٢) وهى موجز لآراء الفقهاء فى أربعة كتب والفرص منها تسهيل الاطلاع والدراسة . وفيما عدا هذه المجموعات الرسمية الثلاث التى وضعت فى عهد جستنيان صدرت منه فى مدة حكمه كثير من القوانين والقرارات الامبراطورية وقد جمعت فى عهده أيضا فى مجموعة رابعة غير رسمية أطلق عليها اسم القوانين الجديدة^(٣) . هذه المدونات الأربع تسمى كلها مجمع القانون المدنى^(٤) ، وهى الخطوة النهائية التى وصل اليها تطور القانون الرومانى ، وتعتبر منفردة لجستنيان وللدولة الرومانية ، وميراثا للعالم الأوروبى الذى اعتنق مبادئها واتخذ أسلوبها .

لم يكن عمله قاصرا على جمع القوانين والمبادئ الفقهية السابقة على عهده ، وانما أحدث كثيرا من التعديلات فى هذه القوانين والمبادئ ، اما بطريق اصدار

(١) Digeste و Digesta .

(٢) Institutiones و Institutions .

(٣) Novellae .

(٤) Corpus juris Civilis راجع فى تجميع جستنيان كتاب جيرار فى القانون الرومانى

ص ٨٢ وما بعدها .

أوامر امبراطورية صريحة ، أو بالتفسير في آراء الفقهاء وأوامر الامبراطورة السابقين مع نسبتها كذبا اليهم ، وهذا ما سماه الباحثون بطريقة تحريف النصوص ^(١) .
وأهم الاصلاحات التى أحدثها جستنيان فى نظم الأسرة هى هدم السلطة الأبوية مع بقاءها اسما ، وذلك بالناء حق الأب فى قتل ابنه أو يمه أو تسليمه فى الجرائم ، وبالتوسع فى شخصية الابن وأمواله الخاصة ، وضياح آثار السيادة الزوجية بإبطال طريقتى الزواج الدينية وللدنية بحيث لا زواج الا بغير سيادة . وفى نظم الأموال توحيد أنواع الأشياء نفيسة وغير نفيسة وأنواع الأراضى وأنواع الملكية ، وجعل التسليم الطريق الوحيد لنقل الملكية الاختيارى ، وتمديد نظام التملك بمضى المدة ونظام الحكر بحسب ما هو وارد فى دراسة القانون الرومانى . وفى نظم للوارث الناء حق الأب فى حرمان ابنه من ميراثه الا لأسباب قاطعة تبرر ذلك ، وجعل القرابة الدموية الأساس الوحيد للميراث لا فرق فيه بين الرجال والنساء ، وبحيث يكون كل من الولد الشرعى وولد المعاشرة والولد المحرر من سلطة أبيه والولد الذى تبناه غير أبيه والبنات المتزوجة فى أسرة أخرى نصيب فى ميراث الوالد عند موته ^(٢) .

(١) Interpolations وللباحثين وسائل عدة فى معرفة النصوص والآراء المهرنة أو المكشوفة ، من ذلك ان رأى الفقيه قد يكون مدونا فى مكانين من مجموعات جستنيان فان كان فى الصيغتين خلاف عرف أن أحدهما محرقة ، ومن ذلك اكتشاف اصطلاح فقهي لا وجود له فى العهد الذى نسبت اليه القاعدة ، ومن ذلك الاسلوب القنوي والاجرومية بالنسبة للمصر الذى يعزى اليه النص — راجع موجز كيك Cuij ص ٧٦ .

(٢) Lee ص ٣٠٧ وما بعدها .

الفصل الثالث

انتشار القانون الروماني

- ١ — التقلبات التشريعية بعد جستنيان ، ٢ — طرق انتشار القانون الروماني ،
٣ — سلطان القانون الروماني في العصر الحديث .

كانت مجموعات جستنيان عند صدورهما مارية على الدولة الشرقية ، وكانت الدولة الغربية قد سقطت منذ نصف قرن في أيدي القبائل الجرمانية ، وساد فيها خليط من القانون الروماني والتيتوني . فلما استعادها جستنيان منهم في سنة ٥٥٤ صار قانونه سائدا في إيطاليا حتى فتحها « اللومبارديون » في خلال القرن الثامن فضعف نفوذه ، واستمر القانون التيتوني في فرنسا وألمانيا حتى اضمحل أمام البعث الفقهي من بولونيا في القرن الثاني عشر . وعند سقوط الدولة الشرقية في يد الأتراك في القرن الخامس عشر بدأ البعث في غرب أوروبا بما شمله من فن وأدب وقانون^(١) .

ومن الواجب قبل دراسة مصير القانون الروماني في العالم الحديث أن نستعرض ما أصاب مجموعات جستنيان ولحقها من الحوادث والتقلبات في عهد الدولة الشرقية ، منذ وضعها إلى سقوط القسطنطينية .

— ١ —

تقلبات قانون جستنيان

- ١ — كان لوضع قوانين جستنيان تأثير في الحالة الفقهية في القرون الأربعة التالية لجمعها ، فقد ضعف البحث العلمي وقرن نشاط الفقهاء ، وذلك لأن جستنيان

(١) أنظر Leo ص ٣٢٢ ، و Sherman ص ١٧٢ .

كان معتزا بمجمعه فخرم الشرح أو التعليق على نصوصه . وزادت هذه الحالة باصطدام الرومان مع العرب في سوريا ومصر اللتين استولى عليهما العرب منهم في القرن السابع بعد الميلاد ، واشتغال الرومان في صد هجراتهم على القسطنطينية ، وبأغلاق مدرسة الحقوق فيها بسبب هذا الاضطراب لمدة مائة وخمسين سنة ، فأهمل الفقه والبحث^(١) .

٢ - وفي القرنين الثامن والتاسع ظهر نشاط تشريعي كان له تأثير كبير على مجموعات جستنيان ، فقد قام الامبراطور « ليو » الثالث ، وكان مصلحا متدينا ، باصدار مجموعة من القوانين جديدة أسماها « مختار القوانين^(٢) » عدل فيها كثيرا من مبادئ جستنيان . اذ جعل الزواج مسيحيا غير قابل للحل فخرم الطلاق ، وألغى نظام المعاشرة وما يترتب عليها من الحقوق وحرما كهلافة غير شرعية ، واستبدل بعقوبة الاعدام في بعض الجنايات عقوبات جديدة كقطع اليد أو أعضاء أخرى^(٣) .

ثم جاء من بعده الامبراطور « باسل » وأولاده في القرن التاسع فأصدروا تشريعا عادوا به الى مبادئ جستنيان ، وصدرت مجموعة من القوانين باسمه^(٤) ، وهي موجز لمجموعات جستنيان وعلى نظمه وقواعده ، وهي تمثل ما يعبر عنه بالقانون الروماني اللاحق لجستنيان .

٣ - ويلاحظ بعد هذا العهد بعض النشاط الفقهي الى سقوط الفولة الشرقية ، فقد تجدد البحث ونشرت المؤلفات القانونية ، أهمها مقارنات علمية بين

(١) شيرمان — جزء أول — ص ١٥٤ وما بعدها .

(٢) *Ecloga legum* .

(٣) شيرمان — المرجع السابق — ص ١٦١ .

(٤) *Basilica* أو *Post-Justinian Law* أنظر المرجع السابق — وكذلك *Mairhead*

قانون جستنيان وقانون باسل ، وظهر بعض كبار الفقهاء في هذا العصر .

— ٢ —

طرق انتشار القانون الروماني

كان للقانون الروماني الأثر الأكبر في تكوين الشرائع الحديثة في أوروبا وفي كثير من بلاد القارات الاخرى امريكا وآسيا وافريقيا ، ولذلك يسمى القانون الاوروبى بالقانون الروماني الحديث .

ويرجع انتشاره في العالم الحديث الى عدة أسباب : منها سمو مبادئه من الوجهة الاخلاقية ومتانتها من الوجهة العلمية ، وهذا يفسر انتشاره في بلاد لم تخضع لسلطان الرومان . ومنها وضعه في مجموعات منظمة ، وقد استمال هذا الاسلوب معظم الدول الحديثة ، فأتخذته أساسا للتشريع في العصور الحديثة . ومنها السلطان السياسى الذى كان للدولة الرومانية والذى جعل قانونها سائدا في ولاياتها وأجزائها بحيث أصبح قانونا أصيلا لها حين صارت دولا قائمة بذاتها في العصور الحديثة ، وحتى انتقلت بفضل نفوذها السياسى كذلك الى مستعمراتها .

وقد سار القانون الروماني منذ جستنيان في اتجاهين ، أوروبا الشرقية وأوروبا الغربية ، فمن الاتجاه الاول وصل القانون اللاحق لجستنيان الى اليونان ودول البلقان والروسيا ، ومن الاتجاه الثانى وعلى الاخص من ايطاليا انتقل قانون جستنيان الى دول أوروبا الغربية ، والى مستعمراتها في امريكا وافريقيا وآسيا . ثم اندمج التياران وتوحدا في القرن التاسع عشر ، بفضل قانون نابليون للأخذ عن قانون جستنيان ، وتغلب التيار الغربى وسرى في أوروبا الشرقية وفي بعض دول الشرق كعصر .

وعلى هذه الصورة لم تنقطع صلة القانون الروماني بالعصور الحديثة ، رغم

من سقوط الدولة الرومانية الغربية في أيدي الشعوب الجرمانية في القرن الخامس ، ومن سقوط الدولة الشرقية في أيدي العثمانيين في القرن الخامس عشر ، بل أصبح قانونا عالميا في العصر الحالي كما كان قانونا عالميا في عصر الامبراطورية الرومانية . وقد استمرت هذه الصلة خلال المصور الوسطى والمصور الحديثة من طريقين ، الطريق الدراسى والطريق التشريعى .

الطريق الاول

أما الطريق الاول فقد مهدته نهضات علمية كانت تنبعث من وقت الى آخر في أوروبا ، وتتمهد مجاميع جستنيان بالبحث والدراسة ، وتغذى بمبادئه فقهاء الأمم الأوروبية وقضاتها . فالنهضة الأولى بدأت من جامعة « بولونيا » الإيطالية في أواخر القرن الحادى عشر الى القرن السادس عشر ، وقد عني علماءها في خلال هذه الفترة بشرح النصوص القانونية الرومانية وتأويلها وتخريج ما يروونه من النظريات المترتبة عليها ، وامتدت هذه الحركة العلمية الى البلاد الأخرى فرنسا والنمسا وإنجلترا ، وكان لجهودها كثير من التأثير في محاكم القرون الوسطى ^(١) . والنهضة الثانية تمثل البعث العلمى الذى حدث في أوروبا الغربية على أثر سقوط القسطنطينية في أيدي العثمانيين ، فقد نشطت فيها دراسة القانون الرومانى وتجددت أساليبها واتسع ميدانها وعلى الأخص في إيطاليا وفرنسا وهولندا ،

(١) وكان يطلق على الفريق المتقدم من علماء هذه النهضة اسم الصراح glossateurs ، لتعليقهم بالهوامش على نصوص القانون الرومانى ، وزعيمهم ارنيوريوس Irnerius — ثم جاء بعدهم طبقة أخرى من العلماء بزعامة « بروتول » أطلق عليهم اسم « الصراح اللاحقين » post-glossateurs أو البرتولين Bartolistes اقتفوا أثر سابقيهم ، غير أن للنص القانونى كان يهمل ثم يؤخذ الصراح بالعناية والاحترام ولو كان مخالفا في حكمه لمعنى النص ، ولذلك وصلوا الى تكوين مبادئ ونظريات جديدة لا صلة لها بالقانون الرومانى وبزعم أنها تفسير لنصوصه — راجع في ذلك جيرار ص ٩٢ .

واشتهر في خلال هذه النهضة التي استمرت الى القرن الثامن عشر كثير من العلماء الذين اقتصموا الفضل في احياء القانون الروماني ومبادئه الصحيحة وكان لأبحاثهم أثر خطير في التشريع الحديث ^(١).

والنهضة الثالثة هي تلك الحركة العلمية العميقة الأثر، التي حدثت في القرن التاسع عشر وفي بلد لم يكن لها نصيب وافر من النهضة للتقدمة، والتي قامت على أيدي علماء المانيا وعلى أساس من الابحاث الأثرية والتاريخية. وهذه الدراسة الجديدة أبرزت علم القانون الروماني في ثوب جديد، وكشفت عن روح القانون وفلسفته، وأثبتت ان القانون في شعب من الشعوب ليس أمرا عرضيا ولا تعسفيا وانما هو ثمرة تاريخه وتطوره ^(٢).

الطريق الثاني

لم تكن دراسة القانون الروماني في النهضة المتقدم وصفها مقصورة على البحوث النظرية والمؤلفات العلمية، بل اتصلت آثارها بالحياة العملية ودخل نفوذها المحاكم بين رجال القانون من محامين وقضاة ممن اشتروا في دراسته وتشبع أذهانهم بمبادئه، فكانوا يستمدون منها أدلتهم في الدفاع وأحكامهم في القضاء. وظهر ذلك واضحا في البلاد التي كانت خاضعة للنظام الاقطاعي وللتقاليد الجرمانية والتي لم يكن لها صلة قريبة بالقانون الروماني مثل البلاد الانجليزية والنموية والالمانية والقسم الشمالي من البلاد الفرنسية.

ثم انتقل هذا الاتصال الى صورة أكثر وضوحا وأبعد أثرا في مبدأ القرن

(١) منهم Domat ، Pothier ، Cujas ، في فرنسا . ثم Grotius ، Jean Voet وغيرهم في هولندا — وأجع جيرار — ص ٩٣ وما بعدها .

(٢) ولذلك سميت هذه النهضة « بالدرسة التاريخية » Ecole Historique . واشهر علمائها « سافيني » Savigny « وامرنج » Ihering — وأجع جيرار ص ٩٥ وما بعدها .

التاسع عشر عقب الثورة الفرنسية ، فقد وضع قانون نابليون مبنيا على قانون جستنيان ، وبوضعه اتسمت حركة التشريع في الدول الأوروبية وغيرها اقتداء بالدولة الفرنسية . ويتبين ذلك من التفصيل التالي .

— ٣ —

سلطان القانون الروماني في العصر الحديث

١ — دول أوروبا الغربية

إيطاليا — كان لها الفضل في احياء التجارة الأوروبية وفي نشر المدنية الرومانية وعلى الاخص الفقه الروماني^(١) . وقد خضعت لقانون جستنيان من القرن السادس حتى تولى شارلمان في القرن التاسع عرش روما وأعاد مجد الامبراطورية الغربية ، وبعد وفاته دخلت في ظلمات القرون الوسطى والنظام الاقطاعي ، ولكن نفوذ الكنيسة فيها أيد بقاء مبادئ « الموسوعة » في البلاد الإيطالية رغم ذلك . وفي القرن الحادي عشر بدأ احياء دراسة القانون الروماني — كما سبق القول — في جامعة بولونيا ، التي قيل بأنها أسست في سنة ٤٣٣ ب م ، وقد نشأ عن هذا البعث الفقهي انتشار دراسة القانون الروماني وتأسيس مدارس في جهات أخرى كجامعة اكسفورد بإنجلترا وجامعة مونبليير بفرنسا ، واستمرت هذه النهضة الإيطالية الى القرن السادس عشر . وكانت إيطاليا على عدة حكومات مستقلة ولكل منها قانون مختلف ، حتى ضمت الى الامبراطورية الفرنسية في عهد نابليون وسادت قوانينه فيها ، ثم زال أثرها بسقوطه سنة ١٨١٥ . وبعد ان تم استقلال

(١) راجع في تفصيل حالة هذه البلاد المختلفة وطرق انتشار القانون الروماني فيها. Lee, Historical jurisprudence p. 399-444 وكذلك Sherman — الجزء الأول — ص ١٧٥ الى ص ٣٤٤ .

إيطاليا ووحدها في القرن التاسع عشر وضعت في سنة ١٨٦٦ قوانين جديدة في المسائل المدنية والتجارية والجنائية وفي المرافعات على نسق قوانين نابليون .

فرنسا — ان جزءا كبيرا من العالم الحديث مدين لفرنسا من الوجهة القانونية فقد كان لها وأخذ عنها من القانون الروماني نصيب أوفر من نصيب أية دولة أخرى . وكانت القوانين السائدة فيها الى القرن الثالث عشر خليطا من التقاليد التيتونية والقانون الروماني السابق على عهد جستنيان ، ثم فتحها قانون جستنيان من طريق الدراسة البولونية فأصبحت فرنسا على قسمين ^(١) من الوجهة القانونية ، القسم الجنوبي يسود فيه القانون الروماني ، والقسم الشمالي تسود فيه التقاليد السابقة التي تسربت اليها مبادئ القانون الروماني بتأثير دراسة بولونيا . وفي القرن السادس عشر أصبحت اللغة الفرنسية لغة القانون بدلا من اللاتينية ، واستمر الحال كذلك حتى الثورة الفرنسية في أواخر القرن الثامن عشر . ولما عين نابليون قنصلا في مبدأ القرن التاسع عشر شكل لجنة من العلماء لجمع القوانين وعرضها على مجلس الدولة ، وفي سنة ١٨٠٠ صدر القانون للدني الفرنسي الذي اتخذ بعد ذلك اسمه ^(٢) . وهو مأخوذ من مبادئ قانون جستنيان مع قليل من التقاليد الفرنسية ، فهو أداة الاتصال بين القانون الروماني والقانون الحديث . وقد صدرت في عهد نابليون بعد ذلك قوانين في المواد الأخرى وهي التجارية والجنائية والمرافعات وتحقيق الجنايات . وقد صار لمجموعات نابليون بعد

(١) بلاد القانون المكتوب Pays du droit écrit ، وبلاد التقاليد Pays des coutumes .

. coutumes

(٢) Code Napoléon وقد ترأس بنفسه مجلس الدولة ٥٧ جلسة من ٢٠٠ لمناقشة مبادئ هذا القانون . واثّر عنه قوله في أواخر حياته « ان غاري لم يكن في كسب النصر في أربين موقعة ، بل في قانوني المدني الذي يمشي أبدا ولن يمحوه شيء » أنظر شيرمان — جزء أول — ص ٢٤٥ .

وضعها تأثير عالمي وعلى الأخص قانونه المدني ، فقد استعارتها دول أوروبية كثيرة ، وتأثرت بها في تشريعها دول أخرى . فمن الدول التي نقلت عنها بمقادير تختلف باختلاف كل دولة بلجيكا وهولندا واسبانيا والبرتغال وإيطاليا ومالطة ودول البلقان ، ومن الدول التي تأثرت في تشريعها بمبادئ قوانين نابليون ونظمها الدانمارك والسويد والنرويج والروسيا والنمسا والمجر . وقد وصل أثرها عدا ذلك إلى المستعمرات الفرنسية ، وإلى جهات أخرى في آسيا وأفريقيا وأمريكا ، كالإيابان ومصر وجزائر سيشل وولاية كوبيك بكندا ولوزيانا بالولايات المتحدة ، أما دول أمريكا الوسطى والجنوبية فتشريعها كذلك على نسق قوانين نابليون .

٢ - دول أوروبا الوسطى

في النمسا والمجر بدأت دراسة القانون الروماني بجامعةاتها في القرن الرابع عشر على أثر الدراسة في بولونيا ، وفي القرن الخامس عشر شكلت محكمة امبراطورية كانت تطبق أحكام القانون الروماني بدلا من التقاليد الجرمانية ، وفي سنة ١٨١٢ صدر القانون للدنى على مبادئ القانون الروماني ومتأثرا بنظم القانون الفرنسى ، ثم أعقب ذلك قوانين أخرى في المرافعات والمواد التجارية والجنائية ، ويعد قانون المرافعات النمساوى من أرقى القوانين في العصر الحديث .

وفي المانيا كانت التقاليد الجرمانية والاقطاعية سائدة الى القرن الخامس عشر ، وقد تسربت اليها مبادئ رومانية من طريق البحث البولونى والدراسة في جامعات المانيا . وفي القرن التاسع عشر بدأ بحث على جديد للقانون الروماني قام به فقهاء المان يعدون من كبار علماء القانون في العصور الحديثة ، مثل اهرنج وسافيني ، وهم علماء المدرسة التاريخية ، وأعقب ذلك اصدار القوانين الألمانية على أساس علمي يفوق في متانتها قوانين نابليون ، وهي قائمة على قانون جستنيان وبعض عادات محلية . وقد بدأ التقنين في المانيا سنة ١٩٠٠ .

وفي سويسرا كان قانونها عادات جرمانية مختلفة باختلاف ولاياتها ، ولم تتأثر بالمبادئ الرومانية لقلة اتصالها بالامبراطورية الرومانية . وفي أوائل القرن التاسع عشر جمعت كل ولاية منها قوانينها على نموذج قوانين نابليون ، ثم رأت هذه الدولة توحيد التشريع في جميع أجزائها ، فأصدرت في سنة ١٨٨٣ قانون الالتزامات عاما على الولايات السويسرية ، وتلى ذلك قوانين في المواد الجنائية والمرافعات وتحقيق ، وفي سنة ١٩١٢ عدل قانون الالتزامات وصدر معه القانون المدني موحدا . هذا التشريع السويسري الأخير مبنى على مبادئ القانون الروماني ، وهو جامع لفضائل القانون المدني الألماني الصادر سنة ١٩٠٠ وقانون نابليون مما ، أخذ عن الأول روحا علمية فلسفية وعن الثاني دقته ومبادئه العملية ، وهو أحدث تشريع في العصر الحاضر .

٣ — دول أوروبا الشرقية

كانت دول البلقان جزءا من الدولة الرومانية الشرقية ، وكانت في العهد الأخير خاضعة للقانون الروماني اللاحق لجستنيان ، وبعد الفتح العثماني سمح لها باستمرار تطبيقه ، حتى استقلت من الدولة العثمانية في خلال القرن التاسع عشر فاقترنت بفرنسا وجمعت قوانينها على مبادئ قوانين نابليون .

أما روسيا فقد اعتنقت الديانة المسيحية في القرن العاشر ، وكانت التقاليد الجرمانية سائدة فيها ، فانصلت اتصالا أدبيا بالدولة الشرقية لمدة قرون نقلت عنها في خلالها الفن والثقافة والمبادئ القانونية . وبعد سقوط الدولة الشرقية بقيت هذه المبادئ سائدة في روسيا بل ادعى قيصرتها أنهم خلفاء الامبراطرة الرومان على الامتانة ، وفي أوائل القرن التاسع عشر صدرت ثمانية مجموعات قانونية على مثال قوانين نابليون .

أما الدولة العثمانية فقد كانت أحكام الشريعة الاسلامية سارية على المسلمين فيها ، ولكن العثمانيين استماتوا ببعض القوانين الأجنبية في القرن

التاسع عشر ، فقد صدرت قوانين في المرافعات ومواد العقوبات والتجارة مؤسسة على قوانين نابليون . وجعلت أحكام الشريعة الإسلامية في المسائل المدنية في قانون مدني سمي «المجلة» ^(١) ، وجعلت هذه القوانين كلها سارية على جميع العثمانيين من أي دين . ولكن الأحوال الشخصية من زواج وطلاق وحضانة ووصية الخ ... جعلت أحكامها خاضعة للمجالس المالية بحسب الطوائف المختلفة ، وأهمها المسلمون ، ثم اليونان الأثوذكس وهم يخضعون لقانون الكنيسة اليونانية الذي يحتوى على كثير من القانون الروماني اللاحق لجسنتيان . وكانت المحاكم المختلطة والمحاكم القنصلية فوق ما تقدم تفصل في شئون الأجانب بسبب نظام الامتيازات . وبعد انتهاء الحرب وقيام النهضة الكاللية ألغيت الامتيازات الأجنبية وما ترتب عليها من النظم القضائية ، وألغى نظام الأحوال الشخصية ، ووضعت قوانين جديدة عامة على الجميع وليس للاعتبارات الجنسية أو الدينية أثر فيها . وأكثر هذه القوانين مأخوذة من التشريع السويسري في المواد المدنية ، ومن التشريع الايطالي في المسائل الجنائية ، فهي قائمة على أصول القانون الروماني .

٤ — إنجلترا

تسربت بعض المبادئ الرومانية في القانون الانجليزي أثناء تطوره ، وذلك من عدة طرق : منها اتساع ولاية القانون الكنسي الذي كانت تطبقه المحاكم الكنسية في البلاد الانجليزية ، وبه كثير من مبادئ القانون الروماني ، وقد انتقلت بعض قواعد هذا القانون الكنسي الى محاكم الملك لتطبيقها على المسائل والمنازعات التي انتقلت الى اختصاصها بعد أن كانت تنظر في محاكم الكنيسة . ومنها

(١) ولا زالت هذه المجلة سائدة أحكامها في بعض البلاد الشرقية الى الآن مثل سوريا ولبنان والعراق .

نشر الفقه الرومانى فى انجلترا من طريق النهضة العلمية البولونية التى أخذ الانجليز بنصيبهم فيها ، واستعارة القضاة والفقهاء الانجليز كثيرا من قواعده بزعم أنهم يفسرون قانونهم . ومنها أخيرا نشاط المستشار للملكى فى بناء قانون العدالة على أسس من مبادئ القانون الرومانى الحديث ، الى جانب القانون العادى الذى كان فى شدة مبادئه واجراءاته مشابهة للقانون الرومانى القديم . وفيما عدا الظروف المتقدمة نشأت الشريعة الانجلوسكسونية وتطورت فى صورة مستقلة وأسلوب خاص ، طبقا لما نراه فى البحث القادم .

المبحث الثالث

الشريعة الانجلوسكسونية

نشأتها وتطورها وانتشارها

تمهيد

مقارنة

يتشابه تاريخ الشريعة الانجلوسكسونية مع تاريخ الشريعة اللاتينية في كثير من الوجوه :

١ -- فalcرون المتعاقبة التي تكونت فيها الشريعة الأولى وتطورت ، وهي تبدأ من القرن الخامس للميلادى الى الآن ، تقارب في مدتها المصور الطويلة التي نشأت في خلالها الشريعة اللاتينية وتهذبت .

٢ -- وانتشار العمل بها في المصور الحديثة يماثل انتشار الشريعة اللاتينية ، فهي تليها ان لم توازها في النفوذ والسلطان ، اذ أنها سائدة في البلاد الانجلوسكسونية وما يتبعها من الأقاليم والمستعمرات في الكرة الأرضية .

٣ -- والاهتمام الذي يبعث به القانون الانجليزى وتطوره في الوقت الحاضر في أوروبا وأمريكا^(١) لا يقل عن العناية التي يدرس بها القانون الرومانى

(١) يدرس القانون الانجلوسكسونى دراسة تحليلية وتاريخية في كثير من الجامعات الفرنسية ، ويكتب عنه في بحوث متعددة علماء فرنسيون وألمان ، وهو كذلك موضع العناية والاهتمام في المؤتمرات القانونية العلمية التي تعقد في فترات دورية .

وتاريخه من الوجهة العلمية .

٤ — واشترك في تطور الشريعتين بعض العوامل المتشابهة : فالطور الذى لعبه مستشار الملك في ترقية النظم الانكليزية يطابق العمل الذى قام به الحاكم القضائى فى النظم الرومانية ، ومبادئ العدالة التى كانت مصدرا لتنفيذ القانون الرومانى كانت المرجع الذى استند اليه رجال القانون الانجليزى عند غموض النصوص أو نقصها ، والمجهود الذى بذله قضاة المحاكم الانكليزية فى توسيع القانون الانجليزى وتعديل قواعده يطابق نشاط الفقهاء الرومان فى وضع المبادئ العامة والأحكام الجديدة الى جانب النصوص التشريعية ، ولعمل كل فريق قيمة الزامية لا تقل عن الفريق الآخر .

ولكنهما فيما عدا ذلك يختلفان فى المظاهر التى تشكل بها كل منهما وفى الأسباب التى دفعت الى تقدمه وفى طبيعة هذا التقدم :

١ — فالشريعة اللاتينية لم تلبث طول حياتها فى صورة تقاليد غير مكتوبة أو نصوص فردية متفرقة ، بل وصلت الى مرحلة التدوين والتجميع فى فترات عدة من تاريخها ، وأهمها شأنًا فترتان ، الأولى فى مبدأ تطوره بوضع الألواح الاثني عشر ، والثانية فى نهاية تطوره بوضع مجاميع جستنيان . أما الشريعة الانجلوسكسونية فلم تبلغ هذه المرحلة لا فى أوائل حياتها ولا فى أدوارها الأخيرة ، عدا بعض قرارات تشريعية متفرقة كانت تصدر من الملك أو البرلمان من وقت لآخر .

٢ — كان القانون الرومانى — منذ نشأته الى مرحلته النهائية فى عصر جستنيان — من عمل أمة واحدة ، وكان فى تطوره متصل الحلقات . فالنصوص التى احتوت عليها الألواح الاثني عشر فى القرن الخامس قبل الميلاد استمرت نافذة ، مع التوسع فى أحكامها وتهذيب مبادئها حتى تشمل الأحوال الاجتماعية

المتجددة ، الى القرن السادس بعد الميلاد . وكان التشريع — سواء في قانون المدينة أو في قانون الشعوب — صادرا من مصادر رومانية ومستمدا من قوة الشعب الروماني . أما القانون الانجليزي فقد كان في الأصل قانون غزاة فتحوا انكلترا فسادت فيها تقاليدهم ، وكانت التطورات الأولى التي طرأت عليه بعد ذلك واردة من الشرائع الأجنبية الأخرى ، أكثر منها تطورا في مبادئ أهلية ذات أصل ثابت في الميلاد .

٣ — كان تطور القانون الروماني مبنيا على مبادئ علمية ونظريات فلسفية ، ولكن تطور القانون الانجليزي كان أكثره قائما على اعتبارات وظروف عملية .

العصور الأولى للقانون الانجليزي

وأول صورة معروفة تاريخيا للقانون الانجليزي كانت بلا شك صورة صلتية ، وهي صفة القبائل التي كانت متوطنة في الجزيرة البريطانية في أقدم عصورها التاريخية^(١) ، ولكن لم يبق لهذه التقاليد القانونية أى أثر في الشريعة الانجليزية التالية لعهد قبائل الصلت .

والصورة الثانية رومانية ، حين حل القانون الروماني محل التقاليد الصلتية في انجلترا عند فتحها في القرن السابق على ميلاد المسيح (٥٥ ق . م) ، واستمر سائدا في الجزيرة مع الفتح الروماني والمدينة الرومانية أربعة قرون دخلت

(١) Celtes والصلت شعب من الجنس الهندى الجرمانى ترجع هجرته لأوروبا الى عصر سابق على التاريخ ، وقد بدأ بإحتلال أجزاء من أوروبا الوسطى ، وتزح بعد ذلك الى جنوب أوروبا واسبانيا والجزر البريطانية ، ثم انقضى بانتشار الفتح الرومانى ، ولكنه احتفظ وعظم ذلك بحجسه ولغته في أيرلندا وفي النال بالجملة .

في خلالها الحياة المسيحية ، وليس لهذه الصورة كذلك أثر محقق في القانون الانجليزى لزوالها بزوال الفتح الرومانى .

والصورة الثالثة جرمانية ، وهى الصورة التى برزت مع الفتح الأنجلوسكسونى^(١) الذى قضى على كل أثر للنظم الرومانية من دين ولغة وقانون ، وأحل فى مكانها تقاليد الفاتحين ولغتهم وديانتهم^(٢) .

والصورة الرابعة للقانون الانجليزى — وهى التى يبدأ بها تاريخه الحقيقى الثابت — صورة نورمندية مستعارة من قوانين الفرنك ومن نظمهم الاقطاعية ، وقد ظهرت هذه الصورة بدخول النورمان^(٣) انجلترا ، وهو الفتح الذى ترتب عليه ادخال نظم ثابتة أساسية فى القانون الانجليزى بنيت عليها تطورات العصور

(١) Anglo-Saxons وهو اسم لنوعين من القبائل الجرمانية (Angles & Saxons) التى دعت انجلترا فى القرن الخامس بعد الميلاد وقد كان لكل نوع مملكته فى الجزيرة ثم توحدتا وأطلق عليهما فى مبدأ القرن التاسع اسم واحد وهو Angle-Land أى England — أنظر شيرمان — جزء أول — ص ٣٤٧ وما بعدها .

(٢) أما البقية الضئيلة التى تخلقت من المسيحية فقد انزوت فى أقصى الغرب والشمال من انجلترا — أنظر Lee ص ٤٤٢ . ولكن للسبيحة عادت الى البلاد الانجليزية فى الجزء الأخير من القرن السادس على يد بنته ديلية أوفدما البابا من روما . وقد ذكر بعض المؤرخين رواية تفصيلية لتلك تشير الى أن البابا « جريجوار » شاهد يومى فى سوق الرقيق بروما قتيانا ويسمى الظلمة من الكسوتين فاستفهم عن جنسهم ولما أجيب بأنهم انجليز angli قال البشارة الآتية : « non Angli, sed Angeli, et modo Christiani » . ومعنا « ليسوا انجليزا بل ملائكة لو أنهم مسيحيون » . وفى سنة ٩٦٠ أرسل هذا البابا للجزيرة البريطانية القديس « أوغطين » الشهير فى التاريخ ومؤسس الكنيسة فى انجلترا والذى بمجهوده ترك الانجلوسكسون الوثنية واعتنقوا المسيحية مع ملكهم ايثلبرت Ethelbert — راجع شيرمان جزء أول ص ٣٤٧ ، وكذلك Morris, History of development of law, p. 248 .

(٣) Normans أوردجال الشمال Northmen ، وأصل هذا الجنس من بلاد الاسكندناف احتلوا شمال روسيا فى القرن التاسع وجزءا من شمال فرنسا ، أطلق عليه اسم نورمانديا ، ثم قنعوا انجلترا فى منتصف القرن الحادى عشر .

التالية ، وقيل بأن في هذا الفتح بعض العناصر الرومانية من دينية ومدنية جاءت من احتكاك النورمنديين بالقواعد الرومانية في فرنسا قبل استيلائهم على الجزيرة البريطانية ومن اتصاهم بالحركة الفقهية البولونية بعد ذلك ^(١) .

ونظرا لهذه الصور المختلفة التي اتخذها القانون الانجليزي ، ولهذه الأصول للفرقة التي قامت عليها نظمه وتقاليده ، يتساءل بعض الباحثين عما اذا كان القانون الانجليزي صلبتي الأصل أم جرمانيا أم رومانيا . وهي مسألة طلى وضعبها هذا لا حل لها ، لأن تشابه بعض النظم عند بعض الشعوب لا يدل على ان أحدها استعارها من الأخرى أو اقتدى بها . وانما يرى للمؤرخون الحديثون ان القانون الانجليزي في أصله صادر عن ارادة الملوك وتشريعهم ، وعلى الأخص في خلال القرن الثاني للفتح النورمندى ، وان للمواد التي شيد بها هذا البناء التشريعى ، مع كونها مواد أجنبية ، قد عدلت ونظمت وصيغت في قالب جديد جعله قانونا ذا صفة خاصة انفرد بها عن سائر الشرائع القديمة ^(٢) .

يتناول هذا البحث دراسة العهد الأول للقانون الانجليزي ، أى العهد الانجلوسكونى الذى سادت فيه التقاليد الجرمانية ، فالعهد التالى للفتح النورمندى وهو العهد الذى انتقلت فيه النظم الاقطاعية الى البلاد المفتوحة بما فى هذه النظم من مبادئ قانونية واجراءات قضائية ، فالمرحلة التي توحدت فيها السلطات القضائية واكتمل فيها القانون العادى ، ثم المرحلة التي نشأ فيها قانون العدالة وغالب القانون العادى حتى انتصر عليه واستأثر بالتنفوذ دونه فى المحاكم . وننتهى بعد ذلك ببيان وجيز عن مصير الشريعة الانجلوسكونية الداخلى والخارجى ، من حيث تجميع قواعدها ومن حيث اتساع سلطانها فى العصر الحديث .

(١) Lee ص ٤٤٢ وكذلك كتاب Pollock & Maitland, The History of English Law, 1911, Vol. I, Introduction, p. 33.
(٢) Darente, Nouvelles Etudes d'Histoire du Droit, 1906, Vol. 3, p. 220

الفصل الأول

المصر الانجلوسكسونى

٤٤٩ — ١٠٦٦ م

- ١ — النظام الاجتماعى والمائلى ، ٢ — النظام القضائى ، ٣ — نظام الجرائم ،
٤ — نظام الأراضى .

يعتبر للمؤرخون الفتح الانجلوسكسونى فاتحة التاريخ القانونى فى الجزيرة البريطانية ، أما قبل ذلك فلم يكن النظام السائد فيها الا جزءا من النظم الجرمانية أو الرومانية التى كانت متبعة فى القارة الأوروبية والتى انتقلت الى انجلترا مع الغزاة الذين فتحوها وزالت بزوال سلطانهم .

على ان هذا المصر فى ذاته غامض من الوجهة القانونية ، وكثير مما وصل اليه الباحثون عنه مبنى على الحدس ، بل ان من الصعب عليهم التفريق بين قوانين هذا المصر وقوانين العصر الذى تلاه نظرا لقراية الجنس والتقاليد بين قبائل السكسون والنورمان^(١) . وأكثر المعلومات مستمدة من القوانين والأوامر الصادرة من ملوك السكسون والانجليز منذ عهد انتشار المسيحية فى منتهى القرن السادس ، ومن بعض مجموعات غير رسمية للتقاليد والاجراءات دونت لحفظها أو للاستفادة منها فى الأمور العملية ، ومن وثائق رسمية أخرى تشير الى الحالة القانونية القاعة قبيل الفتح النورمندى^(٢) .

(١) Deans, Legal History, p. 2

(٢) Pollock and Maitland جزء أول ص ٢٧ وما بعدها .

وقد كانت حياة سكان الجزيرة في هذا العهد على حالة الفطرة بحد ان اندثرت المدنية الرومانية فيها ، وقوانينهم تحتوى أجزاء عتيقة بربرية تسوى بين المرأة والرقيق ودابة الزراعة ، نظرا لقلة نصيبهم من الحضارة اذ كانت حياتهم الاجتماعية — عدا قليل من المدن الصغيرة — قائمة في الغالب على اصلاح الاراضى وتعبيد الغابات واعدادها للزراعة والمرعى ^(١) .

والذى يلفت النظر في قانون هذا العصر صفته الجرمانية الغالبة في نظمه وأصوله ، فقد انتقلت الى إنجلترا عناصر جرمانية من مجموعات القوانين التى وضعها القبائل الجرمانية عند سيادتهم على أوروبا وعلى أجزاء من الدولة الرومانية منذ القرن الخامس الميلادى ، ثم تطورت هذه النظم والأصول في الجزيرة البريطانية دون أن تتصل بعناصر أخرى سوى بالقانون الكنسى الذى نفذ منذ انتشار المسيحية في المسائل الدينية وفي شئون الكنيسة ورجال الدين ^(٢) .

وسنأتى بوصف عام وجيز للنظام الاجتماعى والعائلى ، فالنظام القضائى ، فنظام الجرائم ، ثم نظام الملكية والاراضى .

— ١ —

النظام الاجتماعى والعائلى

نجد المجتمع عندهم على طبقتين ، كما كان الأمر في كل الجاعات القديمة ، طبقة الاحرار وطبقة العبيد . غير أن طبقة الاحرار لم تكن على مستوى واحد لجميع أفرادها ، فهم كذلك على قسمين ، قسم اللورد أو النبلاء ، وقسم التابعين للنبلاء يؤدون لهم الموائد المالية والخدمة الحريية ، أما الحر الذى لم يكن له نبيل

(١) Jenks, A Short History of English Law, p. 8-4 .

(٢) Lee, Historical Jurisprudence, p. 448 .

ينتمى اليه فقد اعتبره بعض الملوك شريدا مشتبا فيه . وقد أصبح هذا التقسيم بعد ذلك مع طريقة حيازة الاراضى أساسا للنظام الاقطاعى الذى استقر ابان الفتح النورماندى ^(١) . ومن بين النبلاء من يلحقون بخدمة الملك فى بلاطه ، وم فريق ممتاز من النبلاء ، يطلق عليهم اسم « رقاء الملك » ^(٢) ، لهم ميزات وعليهم واجبات ، منها ان لكل منهم مكانا فى بلاط الملك وعليه تولى القضاء فى بعض المسائل المدنية والجنائية ^(٣) . وعدا ذلك فقد كانت فئات اجتماعية أخرى وفئات ممتازة أهمها فئة رجال الدين . وأهم أثر قانونى لهذا التقسيم الاجتماعى بين الاحرار أنه أساس لتقدير الدية الواجب دفعها لأهل القتل عند اغتيال حياته ، فهى تختلف فى مقدارها باختلاف الطبقة التى ينتسب اليها ، ومن ذلك أن دية « رفيق الملك » تعادل ستة أمثال الدية المقررة للحر العادى ، ومن ذلك أيضا ان لرجال الدين مقادير خاصة من الديات ^(٤) ، ويقرر بعض الباحثين ان فئات الدية كانت تتراوح بين أربع جنيهات وتسعة شلنات للحر العادى وبين خمس مائة جنيه للملك ^(٥) .

أما غير الأحرار فقد كان منهم فريق يدعى أنصاف الأحرار على مثال ما كان معمولاً به فى التقاليد الجرمانية الأولى ، وهو فريق لا يعنى المؤرخون بدرس حالته لانقراضه من المجتمع الانجليزى قبل انتهاء القرن التاسع ^(٦) . ولم يبق بعدهم

(١) Pollock & Maitland جزء أول ص ٢٠ ، وكان الرجل العادى يسمى Ceorl والنزيل يسمى eorl وهو الاسم الذى يرجع اليه لقب earl الحالى بين الانجليز .

(٢) King's thegns ثم حرفت الكلمة فاصبحت Thaner — المرجع السابق ص ٣٣ .

(٣) Jenks ص ٧ .

(٤) وكذلك الميمن الذى يؤدبها رفيق الملك فى النسامة معادل لأيمان ستة من أحرار

العامة — أنظر Pollock & Maitland ص ٣٣ — ٤٤ .

(٥) Leo ص ٤٤ ، ويطلق على الدية عند القبائل الجرمانية Wergild أى ثمن الرجل .

(٦) واسمهم بالانجليزية الحديثة half-free وبلاغة القديمة loto أو litus .

الطبقة العبيد أو الرقيق^(١) التي تشبه في حالتها طبقة الرقيق عند الرومان القدماء ، وتدل الآثار على ضخامة عددهم بالنسبة لسائر الأهل ، وعلى أنهم كانوا يستعملون للخدمة والاتجار بهم كالسلع في المرافئ . حتى القرن الثاني عشر ، بل كان بعض الأحرار يلقون بأنفسهم إلى الرق كسبا للرزق . ولكن العتق كان معمولاً به على سبيل الاحسان أو التمسد ، وكان مفروضاً على المالك إذا أساء إلى عبده بقتل عينه أو سنه ، وإذا قتله وجبت عليه غرامة يؤديها للملك^(٢) .

أما نظام الأسرة فقد كان في قوته وتماسكه ما يفي المجتمع عن تدخل الدولة وسلطانها مع ما كانت عليه في ذلك العهد من ضعف النفوذ ومن البعد عن علاقات الأفراد . ولكنه يختلف عن نظام الأسرة الرومانية في أمرين ، الأول أن الولد لم يكن خاضعاً لسلطة أبيه مدى حياته بل كان يتخلص منها ببلوغه الرجولة ويدخل في عداد الأحرار ، والثاني أن الأسرة كانت تشمل القرابة من الأبوين لا من الأب وحده . ثم كان الأقارب تجمعهم مصالح مشتركة وواجبات مشتركة ، منها حق الأخذ بثأر قتلهم أو قبض الدية من قاتله ، ومنها تحمل التبعة الناشئة من جنابة أحدهم — نأراً أكانت تلك التبعة أم دية . غير أن لهم أن يبرأوا منها بانكسار المجرم أو خلعه ، وعندئذ ليس لأحد منهم أن يأويه وليس لأحد من أولياء الدم أن يتأثر من أقاربه ، والا صار كلاهما عدواً للملك وصودرت أملاكه^(٣) .

(١) slave, serf

(٢) راجع في حالة الأرقاء تكميلاً كتابي Lee ص ٤٤٤ و Pollock & Maitland

جزء أول ص ٣٥ — ٣٧

(٣) Pollock & Maitland جزء أول ص ٤٨ ، ولهذا الحكم شبهة عند الرومان وعند

عرب الماحلية كما تقدم

النظام القضائى

يمتاز هذا العصر بانعدام سلطان القولة فى ادارة العدل وهو ما يعتبر فى العصر الحديث من وظائفها الجوهرية ، وربما كانت هذه الحال أثرا من العهد الذى كان فيه القضاء اختياريا لطرفى النزاع . فلم يكن على الملك أن يرقب اجراء العدل بين الناس فى عامة مسائلهم ، وانما كانت له سلطة قضائية استثنائية لا يلجأ اليها الفرد الا اذا فشل فى رفع دعواه أمام محكمة الشعبية ، كما اذا احتسب خصمه من القضاء بسطوة نبيله . ويمتاز كذلك بعدم التفرقة بين القضاء المدنى والقضاء الدينى ، اذ كان الأسقف يجلس فى محكمة المقاطعة ويشترك فى الفصل فى المسائل للدنية بمواقفة السلطة الزمنية ، ولعله كان العضو الوحيد — من بين هيئة المحكمة — الذى يملك قسما من العلم والعربة فى ادارة العدل . وكانت المجالس الدينية فوق ذلك تنظر فى منازعات الأراضى الحادثة بين الكنيسة والأفراد^(١).

ثم يمتاز أخيرا بأن محاكمه كانت على نوعين ، محاكم عامة أو شعبية ، ومحاكم خاصة ، فالمحاكم العامة كانت تنعقد فى الهواء الطلق ، وهى محكمة المقاطعة التى تجلس مرتين فى العام ، ومحكمة « المائة » التى تجلس مرة كل أربعة أسابيع^(٢) ، كل منهما مشكلة من أفراد الشعب تحت رئاسة زعيم المقاطعة أو

(١) وهذا المجلس الدينى هو المعروف باسم « السينود » Synod ويطلق عليه اسم Witan عند نظره هذا النوع من النزاع — والملكية التى تكون موضع النزاع ملكية خاصة اسمها bookland ينشئها الملك ويمنعها للاساقفة أو كهنة الدينية أو لبعض النبلاء — راجع Pollock & Maitland جزء أول ص ٤١ و ص ٦٠ .

(٢) اسم محكمة المقاطعة County Court ويطلق عليها بعض المؤرخين اسم Shire-mote ، واسم محكمة المائة hundred Court أو على رأى بعض المؤرخين hundred-mote ، واصطلاح « المائة » هنا يطلق على قسم من المقاطعة كالتركز بالنسبة المديرية ، وكان على كل قسم من

« الثالثة » وتصدر أحكامها بطريق الاقتراع ، ولم يكن لأيهما وسيلة تلزم الخصام بالحضور امامهما أو بتنفيذ قرارهما ، سوى أن يعد للتخلف أو للمنع « خارجا على القانون » ^(١) ، فيحرم حمايته وتندم نعمة قتله . والمحاكم الخاصة محاكم يعقدها النبلاء في بيوتهم لاجراء المدالة بين تابعيهم ، ومن بين هذه المحاكم الخاصة محكمة الملك التي يقيمها للفصل بين رجال بلاطه وللфصل بين الأفراد في بعض الحالات النادرة كما تقدم ، والمحكمة الذين يرتكبون أعمالا مخلة بأمان الملك .

أما الاجراءات المتبعة لاثبات الدعوى فهي كذلك اجراءات عتيقة معقدة بالشكليات التي لا تتصل بالحق في ذاته . وهي على نوعين ، القسامة والتجربة ، وكلاهما التجاء فطرى الى القوى الآلمية حتى يتبين صاحب الحق أو المجرم من البرى .

فنظام القسامة يستعين به أحد طرفى الدعوى — مدنية أو كانت أم جنائية — بأن يستحضر أحد عشر رجلا من أهله أو جيرانه يقسمون معه على صحة دعواه أو دفاعه ، فاذا أقسموا أخذت المحكمة بقوله ، ومعنى هذا ان عبء الاثبات كان في القديم ميزة لمن يقوم به لأنه يحسم الدعوى يمينه ويمين ذويه ، فلن كانت اليمين كاذبة فان في تعرضهم للغضب الالمى ترضية كافية للخصم الآخر . أما من من الخصمين يتولى الاثبات بالقسامة فهو الذى تعينه المحكمة بحسب ظروف كل

= القديم تقديم مائة من الحارين . أما كلمة mote فهي تعيد معنى المحكمة ويظهر أنها وردت في المصر اللاحق للمصر الانجلوسكونى . ويضيف بعض المؤرخين محكمة تالته أصغر درجة وهي محكمة القرية Village-mote ، ولكن هذه غير محقة تاريخيا في هذا المصر — راجع بولوك وميتلاند — جزء أول ص ٢٨٠، ٢٩٠، ٢٩١ وكذلك Deans ص ٣ .

(١) outlaw — أنظر Leo ص ٤٤٥ ، وكذلك تقرر في عهد الملك ألفريد Alfred نظام لفغان المشترك اسمه frankpledge يقضى بتقسيم الأفراد الى مئات كل مائة منها تضمن تقديم المجرم منها الى المحكمة والا قضى عليهم بخرامة — Deans ص ٣ .

قضية^(١) . ونظام التجربة كذلك تلقى المحكمة على من تختاره من الطرفين في أى دعوى ، غير أنه يتبع غالباً في الدعوى الجنائية ويكلف غالباً بأدائه المتهم ، وذلك بأن يمتحن بوحدة من التجارب التى يمتقدون بتدخل القوة الالهية فيها ، كتجربة النار التى يكلف فيها المتهم أن يقبض بيده على حديد ملتهب أو أن يخطو بقدمه على خشب محترق ثم يضمد القسيس جرحه بصورة خاصة ، حتى اذا شفى في ثلاثة أيام فهو برىء والا فهو مجرم ، وكتجربة الماء المغلى يغمس يده فيه ويعامل بعد ذلك كما يعامل في تجربة النار^(٢) .

أما البارزة القضائية فانها لم تكن متبعة في هذا العصر خلافاً للتقاليد الجرمانية . ولكن الحرب الفردية أو الانتقام الشخصى — خارجاً عن دائرة القضاء — كان

(١) وان كانت المادة أن يكلف المدعى عليه أو المتهم بسبب الاتبات ، قسامة أو تجربة ، غير أنه قد يكون ذلك أحياناً على المدعى اذا طلب أن يؤدى التجربة ليقطع السبيل على خصمه . والمحكمة أن تختار أى نوع من نوعى الاتبات يقوم به المتهم بحسب خطوة الجريمة التى اتهم بها . وقد لا تلجأ المحكمة الى القسامة أو التجارب ان كانت الدعوى ثابتة أمامها في وضوح لا شك فيه ، أو اذا كان المدعى في عداد « الخارجين على القانون » أى المهرمين من حمايته . وقد أطلق على نظام القسامة في عصر لاحق اسم Compurgation وعلى الذين يفسون Compurgators أو oath-helpers ، واستمر معمولاً به الى العصور الحديثة في دتارى الديون تحت اسم جديد Wager of law ، ثم ألغى بقانون صدر في سنة ١٨٣٢ — راجع Deans ص ٨ .

(٢) Pollock & Maitland جزء أول ص ٣٩ وجزء ثانى ص ٥٩٨ وما بعدها ، ويرى بعض الباحثين أنه كانت عندهم بعض التجارب الأخرى ، وهى تجربة الماء البارد التى تختص أن يلقى المتهم موثوقاً في ماء النهر فان طام فهو مذنب . وان غطس فهو برىء ، وتجربة « القطعة المنيعة » accused morsel وهى قطعة من الخبز القسيس يمدده القسيس خصيصاً فيدعو المتهم القوة الالهية أن توقفها في حلقه ان كان مذنباً ثم يبعث في آكلها على مهل فان ابتلها سبه فهو برىء وان توقفت بأية صورة فهو مذنب ، ويحدث أن المذنب ان كان يستند في الحرافة قد يجد من أوامره صعبة في ابتلاعها ، ويروون أن أحد كبار النبلاء ظهرت أدائته بهذه التجربة — راجع Deans ص ٨ .

سائدا في عهد الأنجلوسكسون كافي القابل الفطرية دون أن يكون وسيلة قضائية للفصل في الدعوى^(١).

— ٣ —

نظام الجرائم

نتنقل الآن الى بيان المواد التي تفصل فيها هذه المحاكم المختلفة ، وأهمها الجرائم ، لأن القواعد الخاصة بالأموال كانت في هذا العهد تعاليد غير مدونة وعادات محلية تختلف باختلاف الأقاليم ، ولأن القواعد الخاصة بالعقود كانت نادرة لانعدام اللداينات والتجارة الخارجية ولا كنفاء كل شخص بأداء شئونه بنفسه أو مع أهله وجيرانه^(٢) . وكانت أمم الجرائم القتل والجرح والسرقة والخيانة .

فالاغتداء على شخص بالقتل أو الجرح كان في أول العهد مسوغا للانتقام الشخصي أو للحرب الفردية بين أهل المتمدن عليه وأهل للمتمدن^(٣) ، ولكن الحرب أو نائرة الانتقام قد يزول خطرهما بالصلح على مبلغ كان يحدد قديما بطريق التحكيم ، ثم حدد بعد ذلك سلفا في التقاليد أو الأوامر التشريعية ، وهو مايسمونه ثمن الرجل أو الدية ، سواء أكان ذلك في قتل النفس — دون تفريق بين العمد وغير العمد — أم في الاصابات التي لا تصل الى القتل ، ومقادير الديات تختلف وتتفاوت تبعا لمكانة القتيل أو المصاب الاجتماعية وتبعا لنوع الأعضاء التي أصيبت ، ويجب على الجاني وأهله أداؤها للمتمدن عليه وأهله مع تسليم السلاح

(١) Pollock & Maitland, V. 1, p. 39 .

(٢) Pollock & Maitland جزء أول ص ٤٣ .

(٣) ولا صلة لهذا بحق القمص بصفته حقايا فلا أثر له في القوانين الجرمانية — المرجع السابق ص ٤٦ .

الذى استعمل في الجريمة ، كما كان متبعا في كثير من الجماعات القديمة ^(١) . وكان للجاني أن يتمتع عن دفع الدية ولأقارب المعتدى عليه أن تمتنع عن قبولها ، وعند ذلك يسوغ الانتقام الشخصي أو الحرب الفردية بين الطرفين ، وقد ظل هذا لبدا قانما ، من الوجهة النظرية على الأقل ، الى القرن العاشر حين قويت شوكة للملك وحلت الدية الاجبارية محل الانتقام ^(٢) .

كانت السرقة ، وعلى الأخص سرقة الماشية ، أكثر الجرائم شيوعا ، حتى أن كثيرا من القوانين غنيت بوضع احتياطات عدة للتثبت من ان ما يباع منها غير مسروق ، فأوجب مثلا ان يكون الشراء بحضور شهود . ولذلك كانت معاملة السارق معاملة قاسية ، اذ يصبح رقيقا للمجنى عليه اذا عجز عن رد ما سرق ، وقد يستبعد معه أفراد أسرته ، غير ان الزوجة تستطيع أن تنجو من الرق اذا أثبتت بالقسامة أنه لم يكن لها نصيب في السرقة ^(٣) .

وتقع الخيانة من الرجل نحو نبيله الذي يرتبط بالولاء له ، أو نحو الملك ، وتوفّر بالاثمار أو بمجرد التفكير في قتل الملك كما نصت القرارات الملكية والوثائق الجرمانية . ولا يستطيع المتهم أن يدفع التهمة عنه الا بالقسامة المضاعفة أو بالتجربة المضاعفة ^(٤) . ويحاكم مرتكبها امام محكمة النبيل أو الملك الذي ارتكبت ضده

(١) Lee ص ٤٤٦ .

(٢) Pollock & Maitland جزء أول ص ٤٧ — ٤٨ .

(٣) Lee ص ٤٤٧ — والمرجع السابق ص ٥٦ .

(٤) القسامة للمضاعفة أن يستحضر المتهم من القسامة عددا يتناسب مع قيمة دية اللورد أو الملك بالنسبة الى دية الرجل العادي ، والتجربة للمضاعفة أن يكون الحديد للتهب في وزنه ثلاثة أمثال وزنه في القضاء المادية ، أو أن يغمس في الماء المغلي ذراعه بدلا من غمس يده الى السخ في الجرائم الأخرى — أنظر يولوك وميتلاند — جزء أول ص ٥٧ . وجريمة الخيانة يطلق عليها كلمة Treason .

الجريمة ، وعقوبتها الموت وقصد الأموال ، وهى من نوع الجرائم الخطيرة التى لا يفتدى فيها المجرم بدية والتى ازداد مع الزمن ونشأت له عقوبات معينة منها القتل وقطع الأعضاء — كاللسان لمن اتهم غيره كذبا واليد اليمنى لمن حلف زورا — والقرامة ^(١) .

— ٤ —

نظام الأراضى

كانت الأراضى طبقا للتقاليد الجرمانية مقسمة على العشائر كل قسم منها يسمى « المائة » ، وهو اسم يرجع فى أصله الى عدد الجنود الذى تقدمه العشيرة فى الحرب ، فأصبح مع الزمن منصرفا الى المكان بعد أن كان اسما لجماعة من الأشخاص ، ولكل أسرة من القسم منزل يعتبر ملكا فرديا لرئيسها ، أما أراضى الزراعة والمرعى فانها توزع سنويا على الأفراد الأحرار للانتفاع بها . وبقي غير ذلك أجزاء لم توزع من الأراضى للمتطرفة التى اتسعت فى مساحتها باتساع الفتح فتملكها كبار النبلاء وعلى رأسهم الملك ، ودخل الأفراد فى حمايتهم .

وقد أصبحت جميع الأراضى فى العصر الانجلوسكسونى على نوعين ، الأراضى العامة أو أراضى الشعب ، والأراضى الخاصة أو أراضى الأفراد . فالأراضى العامة هى الأراضى المدة لا تنتفع الناس جميعا كالمراعى والغابات ، وكانت فى الأصل معتبرة ملكا للشعب ثم أصبحت بعد ذلك تابعة للملك وله ان يمنح الأفراد أجزاء منها . والأراضى الخاصة هى للملوك للأفراد ملكا خالصا ، اما بناء على التقاليد الجرمانية القديمة وكان هذا نادرا ، واما بناء على منحة فى سند مكتوب من الملك

(١) Pollock & Maitland جزء أول ص ٤٨ — ٤٩ وجزء ثان ص ٤٥٢ — ٤٥٣ ، ويسمى هذا النوع من الجرائم الخطيرة Botless أى لا يجوز فيها الفداء بالدية أو التمييز . b6t

يصدر عادة الى النبلاء والأساقفة والجماعات الدينية ^(١) .

وكان توارث الأراضي الخاصة بحسب التقاليد المحلية في كل إقليم ، وانما كانت على وجه عام تقسم على جميع الأولاد عند موت أبيهم ، وكان لأرملته نصيب من تركته ^(٢) .

تلك هي النظم القانونية العامة التي أمكننا استخلاصها من أقوال المؤرخين والباحثين في العصر الأنجلوسكسوني ، وقد ظلت سائدة في خلال هذا العصر دون أن تتغير بتغير الظروف السياسية التي حدثت فيه ، من تعدد الممالك الصغيرة في أقاليم الجزيرة ، ومن تسلط ملوك المانارك على جزء منها فضلا عن التشابه بين تقاليد البلدين لوحدة الأصل الجرمانى ^(٣) ، بل أن كثيرا من هذه النظم بقيت قائمة في العصر التالى ، الذى بدأ بالفتح النورمندى ، بعد ان اتسع نطاقها وتهذبت مبادئها .

وننتهى من هذا العصر بكلمة عن مصدر القواعد القانونية المتبعة فيه ، انما هي قواعد مستمدة من التقاليد الجرمانية كما تقدم ، ومعظمها قد صيغ في أوامر وقرارات وقوانين صدرت من الملوك الذين حكموا في خلال العصر الأنجلوسكسوني ،

(١) وتسمى الأراضي في الحالة الأولى النادرة folk-land ، وقيل أنها كانت في القديم تعتبر ملكا للأسرة لا لفرد فلا يستطيع التصرف فيها أثناء الحياة أو بالوصية الا برضاء باقي أعضاء الأسرة ، ثم أصبحت ملكية فردية تامة كالمسألة الثانية Lee, p. 480 . وتسمى الأراضي في الحالة الثانية book-land لأن صاحبها يستلم من الملك كتابا book أو مستندة عنه الجاه .

(٢) Lee ص ٤٥٣ و Deans ص ٦ — ١٠ .

(٣) Lee ص ٤٥٤ .

سواء أكانوا من ملوك السكسون أم من ملوك النامارك^(١) ، وقد بدأ هذا النشاط التشريعي منذ القرن السابع الى القتح النورمندى ، بينما كان التشريع نادرا أو منقطعا فى دول أوروبا^(٢) ، وقيل بأن أول ملك اعتنق المسيحية فى انجلترا وهو الملك « اثلبرت » دون قوانين بلاده « على الطريقة الرومانية » متأثرا بمشورة رئيس الكنيسة^(٣) .

وقد جمعت القرارات التشريعية الصادرة من ملوك هذا المصر عقب القتح النورماندى فى مجموعات خاصة زعم واضعوها انها ذات صفة رسمية^(٤) .

(١) Ethelbert, Alfred, Edward, Ethelstan, Edmund, Edgar, Ethelred, (١)

& Canute

(٢) Pollock & Maitland جز أول — ص ١٩ .

(٣) وكان ذلك فى سنة ٦٠٠ بعد الميلاد — شيرمان — جزء أول — ص ٣٤٨ .

(٤) منها ما تجمع قوانين كانيت ، ومنها ما تضم قوانين ادوارد وهو آخر الملوك قبل

الفتح النورمندى . راجع Jenks ص ١٨ — ١٩ ، وشيرمان ص ٣٤٩ .

الفصل الثانى

عصر الفتح النورماندى

١٠٦٦ — ١٢٧٢

١ — النظام الاقطاعى فى الاراضى . ٢ — النظام القضاى . ٣ — عهد هنرى الثانى ، ٤ — مصادر القانون فى هذا العصر .

يمتد هذا العصر من فتح النورمان انجلترا فى سنة ١٠٦٦ م الى أواخر القرن الثالث عشر^(١) ، وفى خلاله وضعت النظم الأساسية التى ترتبت عليها التطورات المقبلة فى التاريخ القانونى ، واكتملت مصادر القانون الانجليزى من تشريع وقضاء وققه .

ويمتاز هذا العصر بالصيغة الاقطاعية التى كسبه من كل الوجوه وشكلت نظمه وقوانينه ، وبأنها لم تكن صيغة نورماندية ولا انجليزية ، وانما استعارها الفاتحون من تقاليد الفرنسيين اثناء اتصالهم بهم فى فرنسا قبل فتح انجلترا (اذ كان وليم الفاتح دوقا لنورمانديا) ، ونقلوها معهم — بما شملته من نظم عقارية وقضائية — الى الجزيرة البريطانية ، حتى ثبتت بالتدريج فى خلال حكم الأوائل من ملوكهم ، وترتب على ادخالها اصلاحات قانونية حدث أكثرها فى عهد الملك

(١) ينتهى هذا العصر بانتهاء عهد الملك هنرى الثالث — وقد اتينا فى تحديد هذا العصر لثانى من عصور التاريخ القانونى فى انجلترا المنهاج الذى اتبعه الاستاذ ادوارد جنكس Jenks ، مدير الدراسات القانونية فى جمعية القانون بانجلترا ، فى كتابه *A Short History of England* من ١٥ ، والذى اتبعه أيضا Deans فى كتابه *Legal History* من ١١ — وهذا العصر ينتهى كذلك فى زمن مقارب للزمن الذى انتهت فيه حياة الفقيه براكتون Bracton (سنة ١٢٦٨) ، فى خلال عهد هنرى الثالث ، وهو للعالم الذى اكتمل مؤلفاته الفقه بصفته مصدرا للمبادئ القانونية فى انجلترا — أنظر Lee من ٨٠ وما بعدها .

هنرى الثانى الذى تقع مدة حكمه فى النصف الأخير من القرن الثانى عشر .
ونتناول فى هذا المصرد دراسة النظام الاقطاعى فى الأراضى ، فالنظام
القضائى المترتب عليه وبالأخص القضاء الملكى ، فالاصلاحيات الجديدة التى
حدثت فى عهد الملك هنرى الثانى ، ثم المصادر القانونية المختلفة .

— ١ —

النظام الاقطاعى ^(١)

كان هذا النظام الوسيلة الوحيدة التى تأسست بها سلطة الملك فى بلاده ،
وهو نظام قائم على رابطة واحدة تصل بين جميع الناس من أصغر زارع الى أكبر
رأس فى البلاد ، وتبين واجبات كل عضو فى المجتمع نحو الآخر . وهذه الرابطة
هى الطريقة التى كانت توزع بها الأراضى على النبلاء والأهالى ، بحيث ان كل
قطعة من الأرض فى المملكة كانت تمنح الى شخص من رئيسه أو سيده المباشر ،
والى هذا الأخير من رئيسه أو سيده الأعلى ، حتى تنتهى هذه الشبكة الواسعة
الى نقطة واحدة وهى الملك الذى كان يعتبر الرئيس العام والملك الأعلى لجميع
الأراضى .

ويترتب على هذه الطريقة فى حيازة الأراضى وجود علاقات متبادلة بين
الرئيس وتابعه ^(٢) ، وتتلخص هذه العلاقات فى كلمتين ^(٣) ، الولاء من جانب
التابع ، والحماية من جانب الرئيس . فالولاء من التابع يتضمن واجبات تشابه
واجبات الفرد نحو دولته فى الوقت الحاضر : وهى الجهاد فى صفوف سيده اذا
احتاج اليه ، ومده بالراى والمشورة ان طلب ذلك منه ، والخضوع لاختصاصه

. Système féodal, Fendal Constitution (١)

. Lord & Vassal (٢)

. Homage & Protection (٣)

القضائي ، ثم خدمات وعوائد أخرى ثانوية . والحماية من جانب الرئيس تتطلب منه واجبات تشابه وظائف الدولة في العصر الحديث : وهي الدفاع عن تابعه ، والفصل في منازعاته ، ومراعاة الأمانة نحوه ^(١) .

وقد قلنا ان أساس هذه الواجبات المتبادلة هو الأرض تمنح من شخص الى آخر يصير تابعا له ، وقد يمنح منها هذا التابع الى غيره تابعين له بمثل الشروط التي أخذها بها من متبوعه . وتعد رابطة الولاء بين التابع ورئيسه — عند منح الأرض اليه — باجراءات شكلية خاصة تختتم بيمين الاخلاص يؤديها التابع بين يدي سيده مع احتفاظه بولائه نحو الملك ^(٢) .

ويجب أن نشير هنا الى اختلاف الآراء في منشأ النظام الاقطاعي ، فقد رأى بعض الباحثين انه يرجع في أصله الى نظام الحكر الذي أقره القانون الروماني في عهد الامباطورية ، وهو حيازة الأرض لمدة أبدية أو لمائة سنة فأكثر مقابل ضريبة زهيدة يدفعها الحائز الى المالك الأصلي ، بحيث تكون الأرض خاضعة لنوع من الملكية المزدوجة ، وهي حالة الأراضي الاقطاعية في القرون الوسطى بعد أن تطورت ضريبتها من عوائد نقدية الى خدمات حربية يؤديها صاحب الحكر في صفوف المالك ^(٣) . وقرر البعض الآخر أن منشأ هذا النظام وتطوره يرجعان الى تقاليد قبائل الفرنك وانتقل منهم الى انجلترا على يد النورمنديين ^(٤) .

وقد جعل ولیم الفاتح أهمية كبرى لفتح النورمندي من الوجهة القانونية

(١) راجع تفصيلات هذه الواجبات في كتاب Lee ص ٤٥٦ .

(٢) "oath of fealty" أنظر Jenks ص ٣٢ ، وكذلك في الشكليات والبارات التي يجب القيام بها بين التابع والمتبوع Pollock & Maitland جزء ١ ص ٢٩٦ وما بعدها .

(٣) Maine, Ancient Law, p. 809 وقرره الاستاذ Lee ص ٣١٣ وص ٤٥٧ على

وجود الشبه بين النظامين ولكنه يستبعد أي أثر لقصة بينها — ص ٣١٣ .

(٤) Lee ص ٤٥٦

بإدخال النظام الاقطاعى الى البلاد الانجليزية . اما كيفية انفاذه على الأراضى والأفراد فيها ، فإن الانجليز الذين قاوموا الفاتح صودرت أملاكهم واقطعت الى نورمنديين ، أما الذين لم تقع منهم مقاومة فقد استبقوا أراضيهم بعد دفع غرامة للملك فأصبحوا وكأنهم استمدوا حيازتهم منه ، وقد استمر خلفاء وليم الفاتح على هذه السياسة فى الجهات التى فتحوها فى الجزيرة البريطانية بعد وفاته ^(١) .

— ٢ —

النظام القضاى

ترتب على تغيير نظام الأراضى تغيير فى النظام القضاى يتفق مع الحالة الجديدة، فخلت محاكم النبلاء وتابسيهم فى مكان المحاكم الشعبية المحلية لأن الأرض الممنوحة الى شخص تتضمن الخضوع لقضاء رئيسه ، وأصبحت المحاكم الاقطاعية على نسق متدرج وعلى رأسها محكمة الملك للفصل بين النبلاء ولحاكمة من يعتدى على الملك ومن يخل بأمان الملك ، وقد قرر وليم الفاتح ان يجعل هذا الأمان شاملا لجميع الرجال الذين دخلوا معه البلاد . بعد ان كان قاصرا فى العصر السابق على من فى بيت الملك ^(٢) .

وقد ترتب على هذا النظام القضاى الجديد تطور خطير فى القواعد القضائية والقانونية كما يتبين من التفاصيل الآتية : —

١ — اتسعت دائرة القضاء الملكى عما كان عليه فى العصر الانجلوسكسونى ، وان كان فى الواقع مقصورا على كبار الأفراد وكبرى البناوى ، وصار بالتدريج قضاء عاديا — الى جانب الجهات القضائية الأخرى — بعد أن كان قضاء

(١) Lee ص ٤٥٧ .

(٢) King's Peace ورجع Pollock & Maitland جزء ثان ص ٤٦٤ .

استثنائيا . فأتخذ الملك لنفسه سلطة نظر المنازعات في محكمته التي كانت تنعقد في قترات نادرة من العام ، وأخذ يبعث مندوبا عنه من النبلاء لرئاسة محاكم المقاطعات ، ويتقبل استئناف أحكام المحاكم الاقطاعية ، ويستولى على رسوم القضايا التي ترفع الى موظفه الادارى في الأقاليم ^(١) ، وكان هذا كله تمهيدا لمزاحمة سلطات القضاء الأخرى من دينية واقطاعية وللانفراد بعد ذلك بالشئون القضائية كما سنرى في الفصل التالى .

٢ — كان عهد النظام الاقطاعى عهد فروسية وشجاعة يلجأ فيه الى المبارزة فى كل أمر ، يأخذ بها الشخص حق وينتم بها من خصمه ، وكان من نتيجة ادخال القضاء الاقطاعى ان أصبحت اجراءات التحقيق والمحاكمة تتم بتجربة المبارزة ^(٢) ، فى المسائل المدنية والجنائية بدلا من التجارب السابق ذكرها فى العهد الانجلوسكسونى ^(٣) . وهى معركة حقيقية تحصل أمام المحكمة باجراءات معينة بين المدعى والمتهم ، ومن يهزم يخسر الدعوى . أما فى جرائم القتل فاذا هزم المدعى حكم عليه بالفراصة والوصمة وبرىء المتهم ، واذا هزم المتهم قتل ان لم يكن قد مات فى المبارزة . وقد استمر هذا النظام فى القتل بانجلترا نظريا حتى ألغى بقانون صدر فى أوائل القرن التاسع عشر عقب المطالبة به من متهم فى قضية قتل باعتباره حقا قانونيا له لمعرفة براءته من ادانته ^(٤) .

٣ — الفصل بين الاختصاص الدينى والاختصاص المدنى فى القضاء . وقد

(١) Pollock & Maitland جزء أول ص ١٠٨ — ١١٠ كذلك Lee ص ٤٦٢ .

(٢) Wager of Battle, Trial by duel, Ordeal of Battle

(٣) على أن التجارب القديمة بقيت متبينة مع تجربة المبارزة مدة من الزمن — راجع

Pollock & Maitland جزء أول ص ٧٤ .

(٤) وذلك فى سنة ١٨١٧ ، ولما رفض صاحب الدعوى المبارزة قضى ببراءة المتهم —

ألغى نظام المبارزة قانونا بعد عامين من هذه الحادثة — راجع Deans ص ٣١ وما بعدها .

كان رجال الكنيسة في العصر السابق يجلسون في المحاكم الشعبية المحلية . فتشكلت في هذا العصر محاكم خاصة للكنيسة يرأسها الاساقفة ، وتطبق قانون الكنيسة المستمد من أوامر البابا ومن بعض المبادئ الرومانية . وجعل اختصاصها شاملا لقضايا رجال الدين المدنية والجنائية ، وللأمور التي تتعلق بملاج الروح^(١) بين الالهالي ، مثل الزواج والطلاق والالحاد والخطايا الدينية كالاعتداء على الدين أو على المعابد . وسنرى كيف توسعت المحاكم الدينية في اختصاصها اعتمادا على فكرة علاج الروح في المصور المقبلة ، ثم كيف اضمحل نفوذها في النهاية .

٤ - تغير نظام الميراث في الأراضي . فبعد ان كانت قبل ذلك المهد تقسم بالتساوي على الأولاد الذكور أصبحت تؤول كلها الى أكبر أولاده . وهذا نتيجة من نتائج النظام الاقطاعي حتى تنحصر المسؤوليات المترتبة عليه في شخص واحد أمام متبوعه ، وحتى يضمن أداء الخدمات الحربية التي يطلبها . وتسمى هذه الطريقة ميراث البكر أو أول خلف^(٢) .

- ٣ -

عصر هنري الثاني

١١٤٩ - ١١٨٩

وهو العهد الذي بدأ فيه تهذيب القانون الانجليزي وتنظيم اجراءاته ومبادئه ، فقد نشأ فيه نظام المحلفين للفصل في القضايا المدنية والجنائية بصورة تقرب من الحالة الحاضرة ، ونظمت فيه عدة محاكم للملك بعضها ثابت في مقر ملكه وبعضها متنقل في ارجاء مملكته ، ثم وضعت اجراءات الاعلانات

(١) Jenks-Cure of the soul من ٢١ و Lee من ٤٥٩ .

(٢) Primogeniture أنظر Jenks من ٣٥ - وأنظر كذلك Maine, Ancient Law

الكتاتية تصدر من محاكم الملك لفصل في القضايا . وقد تم هذا التطور بتسير
تشريع بل بالاسلوب الادارى .

١ — نظام المحلفين

كان أول الاصلاحات ادخال نظام المحلفين فى الدعاوى ، وهو النظام الذى
بقى الى الآن سائدا فى دول العصر الحديث . وهم أفراد منتخبون من الشعب ،
يجلسون مع القاضى لسماع القضية ويبدون له رأيهم فى وقائعها ، وهو ملزم باتباعه
فى الحكم الذى يصدره ، بعد ان يطبق الوقائع التى يرون ثبوتها على المبادئ
القانونية المعروفة لديه .

وقد اختلفت الآراء والأبحاث فى أصل هذا النظام . والرأى الراجح انه
يرجع الى الفرنك منذ عهد الامبراطور شارلمان ، الذى كان يرسل مبعوثين^(١)
من قبله فى ارجاء الامبراطورية ، للتحقيق فى سلوك الموظفين وفى بعض الجرائم
الهامة . وكان المبعوثون يستحضرون بعض الأهالى من الجهة التى يذهبون اليها ،
وبعد تحميلهم يسمعون أقوالهم عما ارتكب من الجرائم وعما يصح ان يحكم به
على الذين ارتكبوها ، فكان هؤلاء المحلفون يهتمون ويحكمون فى وقت واحد .
وكان العمل بهذه الاجراءات امتيازاً خاصاً للملك أو الامبراطور يتدخل به فى
أية قضية ، بصرف النظر عن اختصاص المحاكم الاقطاعية المحلية ، وقد اتخذته
محاكم التفتيش الدينية امتيازاً لها بعد ذلك فى أوروبا فى خلال القرون الوسطى .
أخذ النورمان عن الفرنك هذا النظام وعملوا به فى انجلترا ، واتخذته الملك
وسيلة لتقوية مركزه على النبلاء وتأيد حقوقه ، بحيث ان له ان يتخطى اختصاصهم
ويتولى الفصل بهذه الطريقة فى أية قضية تقع فى المملكة ، كما حدث أحيانا فى

(١) Minsl — راجع تفصيل هذا الرأى فى Lee ص ٤٦٦ . وكذلك بولوك وميتلاند —
جزء أول ص ١٤٠ .

بعض المنازعات الهامة عن الأراضى . على أن العمل به كان فى ظروف استثنائية نادرة ، لكن هذا النظام قد اتسع فى نطاقه منذ عهد هنرى الثانى ، حتى أصبح نظاما عاما عاديا . ويرجع سبب ذلك الى النتائج الضالمة التى كانت تنشأ من الفصل فى القضايا بطريق المبارزة اذا كان أحد الخصمين ضعيفا أو قديرا ، فأحله مكان المبارزة فى مثل هذه الأحوال ^(١) . كذلك عمل بهذا النظام فى محاكمة المجرمين فى جرائم الخيانة أو الاعتداء على شخص الملك أو أمواله أو الإخلال بأمانه ، لأن الملك فى كل هذه الجرائم يعتبر خصما للمتهم ، وليس للفرد أن يبارز الملك ^(٢) .

وقد تقرر اتباع هذا للنظام فى المصور التالية عند الفصل فى نزاع الأراضى ولو كانت أمام محاكم النبلاء ، ثم ازداد شأنه حتى أصبح النظام الوحيد المعمول به أمام المحاكم ^(٣) .

وكانت المحكمة هى التى تختار المحلفين من بين أهالى الجيرة ومن لهم صلة بالقضية ومعرفة بظروفها ، ولم يكن العدد محددا ثم حدد قانونا فى ذلك العهد بأثنى عشر رجلا . ولم يكن هذا النظام اجباريا على المتهم فى جريمة ، إنما اذا رفض المحاكمة به عذب بوضع أثقال عليه حتى يقبله أو يموت ^(٤) .

٢ - تعمد المحاكم الملكية

كان للملك فى جهات المملكة مندوب ادارى ، يسمى « شريف » ^(٥) ،

(١) Lee ص ٤٦٧ وقد كان لضعيف أن يؤجر غيره للمبارزة بدلا منه Deans ص ٣١

(٢) Deans ص ٢١ وص ٣٤ .

(٣) Jenks ص ٤٩ .

(٤) Deans ص ٣٤ .

(٥) Sheriff وهو موظف ملكى فى المقاطعة County ولا علاقة له بالنيل الذى يتزعمها ، يرجع الأمر فى تعيينه وفصله الى الملك ، وهو حاكم المقاطعة الادارى ورئيس قواتها الحربية ، ورئيس محكمتها ، ومسئول أمام الخزانة الملكية عن الضرائب المقررة على أفراد دائرته ، وليست وظيفته وراثية ولا انتغائية ، وإنما كان له نفوذ خطير بين الناس . وقد أخذ منذ —

لجمع العوائد والضرائب ، وكان له بعض اختصاص قضائي اتخذ سبيلا للفظ والارتشاء ، فقرر ارسال قضاة فنيين موثوق بهم من الملك يتقنون في البلا للفصل فيما يمرض عليهم من القضايا ، وترتب على ذلك شيء من السعة في اختصاص القضاء الملكي . فضلا عن ذلك فقد أنشئ من محكمة الملك في العاصمة ثلاث محاكم : وهي المحكمة المالية للفصل في مسائل الضرائب ، ومحكمة « منصة الملك » للقضايا الجنائية ، ومحكمة « الدعاوى المدنية » لما يمرض عليها من المنازعات المدنية ^(١) . وهي محاكم منفصلة عن المجلس الملكي الاستشاري الذي يرأسه المستشار ، والذي لم يكن له في ذلك العهد اختصاص قضائي .

وعلى ذلك أصبح للقضاء في إنجلترا محاكم ملكية منظمة ، الى جانب المحاكم الكنسية ومحاكم النبلاء الاقطاعية والمحاكم المحلية التي لا زال باقيا منها محاكم المقاطعات ^(٢) ، وسنرى بمدى كيف تغلبت محاكم الملك على أنواع المحاكم الأخرى واستأثرت بالسلطة القضائية دونها .

٣ — نظام الدعاوى المدنية

يرجع أصل هذا النظام الى التقليد الملكي في ارسال أوامر مكتوبة ^(٣) ، صادرة من المستشار الى موظفي الملك الإداريين لجمع الضرائب من الأهالي ، وذلك في مبدأ الفتح النورمندي . ثم استعملت في هذا العهد كأوامر ملكية صادرة الى الموظف الإداري ، بناء على طلب صاحب الشكوى ، لاحضار المشكو

— القرن الثالث عشر يفقد بعض سلطاته لقيام وظائف أخرى الى جانبه لحفظ الأمن وإدارة العدل . وأصل اسمه في القديم Shirreves أو vice-comitis وهو يفيد في معناه مساعدة نبيل المقاطعة في إدارتها — أنظر بولوك وميتلاند — جزء أول ص ٤٣٣ وما بعدها .

(١) واسماء هذه المحاكم الثلاث هي :

Court of Exchequer, King's Bench, Court of Common Pleas

(٢) County Courts — راجع Lee ص ٤٦٨ .

(٣) Written act ثم أوجز الاسم فأصبح Writ .

أمام محكمة الملك للفصل في النزاع . وهذا الأمر المكتوب يحتوي على ملخص الدعوى ^(١) . فخل محل الاعلان الشفوي الذي كان يصدر من الخصم الى خصمه باجراءات وأوضاع شكلية اذا أخطأ فيها سقطت دعواه ، واذا حجت فلم تكن ملزمة للخصم الآخر بالحضور اذا شعر في نفسه القوة على خصمه . اما الاعلان المكتابي الصادر الى الموظف الاداري ففيه شيء من الازام على المدعى عليه بالحضور ، لتأثيره الأدبي ان كانت الدعوى مدنية ^(٢) ، وخطر القبض عليه ان كانت الدعوى عن جريمة مخلة بأمان الملك .

وقد نظمت الصيغ التي تكتب بها هذه الاعلانات ، فأصبح لكل دعوى صيغة خاصة تقررت بحكم العادة في المرات التي رفعت فيها ، فان عرضت شكوى جديدة لم يسبق صدور اعلان من نوعها وضمت صيغة جديدة تصبح مع الوقت وتكرارها عادة ثابتة . وبهذه الطريقة نشأت في هذا العصر والمصور اللاحقة مبادئ قانونية جديدة واصلاحات في الاجراءات القضائية ، بدون أن تصدر بها قرارات تشريعية ، وانما بالصورة التي عمل بها الحاكم القضائي في قانون الرومان . ومن أمثلة ذلك انشاء اعلانات خاصة باحترام وضع اليد بصرف النظر عن حق الملكية ، ومن هنا بدء التفريق بين وضع اليد وبين الملكية ، واعتبر الاعتداء على حيازة الغير جريمة مخلة بأمان الملك ^(٣) ، ولم يكن شيء من ذلك في العهد السابق .

(١) brief وهو يقابل البرنامج formule عند البريتور الروماني .

(٢) والموظف الاداري أن يتخذ منه طرقا ادارية لمه على التوجه للمحكمة ، بأن يحصل منه على ضمان لذلك ، فلا تخلف بعد هذا أجرى الحجز على بعض أمواله ، وان أمر به هذا على التخلف فلا سبيل عليه الا باتخاذ الاجراءات التي يصبح بها في عداد « الخارجين على القانون » outlaw وهي اجراءات طويلة مقدمة — Jenks من ١٧١ .

(٣) اسم الجريمة Trespass والاعلان الصادر عنها Writ of Trespass ، راجع تفصيلات أصل الاعلان وتطوره في Jenks من ٤٣ — و Deans من ١٩ ، ٢٩٠ ، ٢٦٠ و Leo من ٤٧٧ .

مصادر القانون في هذا العصر

حرص الفاتحون على مملكتهم الجديدة وأعملوا فيها مهارتهم الادارية والسياسية التي اكتسبوها من اتصالهم بفرنسا والقارة الأوروبية ، حتى نمت ثروة البلاد وتقدمت نحو الحضارة ، وأصبحت التقاليد القانونية القديمة غير صالحة لضبط الأحوال الجديدة . فأسسوا بالتدريج قانونا قوميا مبنيًا بعضه على التقاليد الأهلية والبعض الثاني على بعض الدساتير الملكية والبعض الثالث على نظم أجنبية طبقا للتفصيل الآتي .

كانت المحاكم المحلية والمحاكم الاقطاعية تتبع في أحكامها تقاليد البلاد القديمة ، وهي تقاليد غامضة غير ثابتة تختلف باختلاف الأماكن والطبقات . وكانت المحاكم الكنسية تطبق في قضايها قواعد القانون الكنسي للستمد من القرارات الدينية ومن بعض مبادئ القانون الروماني .

أما المحاكم الملكية فقد كانت القواعد القانونية المتبعة لديها مستقاة من المصادر الآتية : —

١ — بعض التقاليد العامة السارية على جميع البلاد أو للنسوبة الى ملوك العصر السابق على الفتح النورمندي ، وقد كانت سياسة وليم الفاتح — ولم يكن لديه قانون نورمندي خاص — ألا يحدث انقلابا قانونيا أو أن يسلط على رعاياه الجدد مدونة قانونية أجنبية ، بل أن يقنعهم بأنه الوارث الشرعي لعرش سلفه الملك ادوارد ، وقد دعاه ذلك الى التمسك باحترام قوانين البلاد وتقاليدها . وقد وضعت في عهده بعض مجموعات قانونية خاصة بواسطة موظفيه بزعم انها قوانين ادوارد ، ولم تثبت صحة هذا الزعم ^(١) .

٢ — بعض الساتير والوثائق والقرارات للملكية التي كانت تصدر من وقت الى آخر ، فقد كان للوك القاطنون أقوى سطوة من أسلافهم ، وكان من الطبيعي أن يسمى رعاياهم الى الحصول منهم على منح أو عهود رسمية اقرارا بحقوقهم أو مطالبهم ، ولذلك تميز هذا العصر بصور الوثائق الملكية ^(١) من عدة ملوك ، ينظمون بها المسائل التي اختلفت فيها وجهة النظر بين الملك وطبقات شعبه ، سواء أكان ذلك في النظم السياسية أم في النظم القضائية ، وتحتوى كثير من نصوصها على مبادئ قانونية . وقد عرفنا شيئا عن بعض هذه الوثائق والساتير في البحث الأول ^(٢) .

٣ — سجلات المبادئ التي احتوت عليها الاعلانات الكتابية والأحكام التي صدرت من المحاكم الملكية ، وهي تتضمن التقاليد القانونية التي أقرتها هذه المحاكم . وكانت الاعلانات الكتابية كما تقدم عاملا خطيرا في تكوين القانون العادى وتعتبر سجلاتها مرجع هذا القانون . وكذلك أصبحت أحكام المحاكم مع الزمن مصدرا قانونيا بالمعنى الصحيح ، واكتسبت المبادئ القضائية قوة تعادل في نفوذها قوة النصوص التشريعية ، ولذلك كان لها أكبر الأثر في تطور القانون الانجليزى ^(٣) .

٤ — المبادئ الفقهية التي وضعها بعض كبار القضاة الذين اشتغلوا بتأليف القواعد وبمجتها . وقد اقر هذا العصر بعالمين كان لكتبيهما تأثير واسع في تكوين الفقه عند الانجليز وفي الوقوف على أحكام العصر وتقاليد واجراءاته .

(١) Charters — أنظر Jenks ص ٢٢ .

(٢) راجع ص ٩٧ .

(٣) Lee ص ٤٧٦ و ٤٨١ ، Jenks ص ٤٥ — ويطلق على هذه السجلات records

أو rolls .

الأول « جلافيل »^(١) ، الذى كان رئيس القضاة فى عهد هنرى الثانى ، وضع كتابا يعتبر وصفا لحالة القانون المتبع فى محاكم الملك ، وهو يبين قواعد الاجراءات والمعاوى المدنية والجنائية ، وقد تجاوز أثره بلاد إنجلترا وصار أساسا للقضاء والفقہ فى اسكتلندا وايرلندا . والثانى « براكتون »^(٢) ، الذى كان قاضيا فى محكمة « منصة الملك » فى عهد هنرى الثالث ، وهو يعد مؤسس العلم القانونى فى إنجلترا ، وقد وضع كتابا تناول فيه الاجراءات والمبادئ الموضوعية مما ، وقد قبل بأنه — نظرا لاطلاع صاحبه على كتب الفقہ الرومانية والكنسية — يحتوى على كثير من المبادئ المستعارة من قوانين جستنيان^(٣) ، ولكن الرأى الراجح بين المؤرخين أنه انجليزى فى محتواه ، ولو أنه رومانى فى أسلوبه وعبارته^(٤) .

• — مبادئ القانون الرومانى التى تسربت الى المحاكم بفضل الدراسة البولونية ، وقد بدأت هذه الدراسة فى غرب أوروبا فى العهد الذى حدث فيه الفتح النورمندى ، ولم تلبث ان امتدت الى البلاد الانجليزية ، اذ درس بعض الانجليز الفقہ الرومانى فى بولونيا ، وحضر بعض الملأ الايطاليين الى إنجلترا لتدريس القانون الرومانى فى جامعة اكسفورد^(٥) . وكان الاقبال على تلقى الفقہ

(١) Glanvill واسم كتابه Tractatus de Legibus وتاريخ وضعه سنة ١١٨٧ — أنظر Lee ص ١٧٥ — ٤٧٦ .

(٢) Bacton وتأليف كتابه حوال سنة ١٢٥٦ .

(٣) Lee ص ١٨٦ .

(٤) Pollock & Maitland, V. 1, p. 207 وكذلك Jenks ص ٢٥ .

(٥) ممن درسوا من الانجليز فى بولونيا « توماس » Thomas الذى أصبح بعد ذلك مستشارا ، ومن علموا القانون الرومانى فى إنجلترا العالم الايطالى الشهير « فاكاريوس » Vacarius — وعلاوة على الدراسة للعبة فقد كان أول ملك نورمندى فى إنجلترا يستخدم فى مشورته علما ايطاليا اسمه Lanfrances — راجع بولوك وميتلاند — جزء أول — ص ١١٧ — ١١٨ .

الجديد شديدا الى درجة أفلقت ملكا انجليزيا متدينا ^(١) ، فأصدر أمرا يحظر تدريسه في مدارس لندن . ولم يكن القانون الروماني معترفا به رسميا ، وإنما كان في موضع الاحترام والتقدير من نفوس رجال القانون ، ومصدرا خفيا يستمد منه القضاة أحكامهم بصورة غير مباشرة ليسدوا بها ما نقص من تقاليد البلاد ومن أوامر الملوك . بل ثبت عند فقهاء هذا العصر وقضائه — ومن بينهم «براكتون» الذي سبق الكلام عنه — رأى بأن القانون الروماني قانون عام لبلاد العالم المسيحي ما دام غير متعارض مع القوانين الخاصة في بلد منها ^(٢) .

(١) وهو هنري الثالث في سنة ١٢٣٤ . Jenks ص ٢٠ .

(٢) Leo ص ٤٨٩ .

الفصل الثالث

تطور القانون الإنجليزي

١ — تنب القضاء الملکی علی سائر المحاکم ، ٢ — ظهور قانون المدالة وتنبه علی القانون المادی ، ٣ — مصیر القانون الانجلیزی فی العصر الحديث .

تم بانتهاء العصر السابق وصفه انشاء النظم الأساسية فی الجزیرة بعد فتحها ، سواء كانت نظما سیاسیة أو قضائیة ، وتكونت أصول القانون العادی ومصادره . وهی فی ذاتها تحتوی علی عناصر التطور وعوامل التهذیب ، لأن من طبیعة السلطات القضائیة اذا تعددت أن یغالب بعضها بعضا طمعا فی الافراد بولاية القضاء وفی الاستئثار بموارده المالية . ولان من طبیعة القواعد التقليدية والاجراءات العتیقة — الی احتواها القانون فی عهد تكوينه — أن تتعدل وتهذب مع تغیر حالة المجتمع وتقدمه نحو المدنية . ولذلك فان التطور الذی حدث فی القانون الانجلیزی سار فی مرحلتین ، للرحلة الأولى هی الی الی غالب فیها القضاء الملکی جهات القضاء الأخری وانتهی بالتغلب علیها وبتوحید السلطة القضائیة فی البلاد ، والرحلة الثانیة هی الی ظهر فیها قانون جدید یتفق مع العدل الی جانب القانون العادی وانتصر علیه . فالرحلة الأولى خاصة بتطور النظم القضائیة ، والثانیة خاصة بتطور المبادئ القانونية ، وتكاد تكون هاتان المرحلتان متوازیتین فی سیرهما التاریخی ، ولئن كانت الأولى أقدم فی بدئها عهدا فقد ختمت کل منهما نهائیا فی العصر الحديث خلال القرن التاسع عشر .

وسیکون کل منهما موضع الدراسة فی هذا الفصل الذی ینتهی بكلمة عن مصیر القانون الانجلیزی فی العصر الحديث

تغلب القضاء الملكي

ان النظام السائد في دول العصر الحديث هو استقرار ادارة القضاء على نسق واحد في جميع جهات الدولة ، مركزة في يد سلطة واحدة وهي الملك أو رئيس الدولة . هذا النظام لم يأت عفوا وإنما كان نتيجة عراك طويل بين القوى للتنافس في كل مملكة من ممالك القرون الوسطى ، وأوضح مثل لهذه التنافسة نجده في تاريخ القانون الانجليزي .

١ - وصف عام

بمد أن استتب الفتح النور مندى كان القضاء في انجلترا موزعا على السلطات الآتية : -

١ - محاكم النبلاء المترتبة على النظام الاقطاعى ، تفصل في القضايا بين التابعين لهم بطريق اللبارزة بين الخصىين ، وفي بعض الأحوال بحضور محلفين من اتباع النبيل مثل نزاع الأراضى .

٢ - محاكم الكنيسة ، وقد صار لها اختصاص واسع في المسائل المدنية والجناائية : منها ما يختص بمسلاج الروح ، وقد اتست دائرته ، كالخطايا على الدين والحنث بالبين والربا والقذف والزواج والطلاق والبنوة الشرعية ، ومنها كل نزاع يكون فيه أحد الأخصام من رجال الدين .

٣ - المحاكم للملكية ، تنظر فيما يمرض عليها من المسائل المدنية والجناائية متبعة نظام المحلفين ، وتختص اجبارا بمحاكمة كل شخص ارتكب جريمة مخلة بأمان الملك كالقتل ، والاعتداء والسرقة بالقوة ، والخيانة العظمى . وتطبق القانون المادى .

٤ — المحاكم المحلية أو الشعبية ، تفصل في الدعاوى التى ترفع اليها طبقا للاجراءات والتقاليد القديمة المتبعة فى دائرة كل منها .

٥ — المحاكم التجارية ، وهى محاكم خاصة بالتجار امتيازاً لهم ومكونة من الجماعات التجارية ، لفصل فى منازعاتهم طبقاً لتقاليد والقوانين التجارية المتبعة بينهم ، لا طبقاً للقانون المادى .

وسنرى بعد ذلك كيف استأثرت محاكم الملك بالاختصاص القضائى دون المحاكم الأخرى ، حتى تأيد نظام الحكم وتم اخضاع الأفراد جميعاً لسلطة قضائية واحدة كما هو الأمر فى العصر الحديث . وقبل بيان الوسائل التى تطلبت بها المحاكم الملكية على المحاكم الاقطاعية والكنسية ، نأتى من الآن بكلمة عن كيفية اهراض القضاء المحلى والقضاء التجارى .

أما القضاء المحلى فقد زالت محكمة المائة عقب الفتح النورمندى وعند تثبيت النظام الاقطاعى وقضائه ، وبقيت محكمة المقاطعة^(١) وتولى رئاستها الموظف الملكى الادارى ، لفصل فى المنازعات وحوادث الاعتداء البسيطة ، فاكسبت صفة المحاكم الملكية ، وظلت كذلك حتى رتب على نظام جديد فى القرن التاسع عشر .

وأما المحاكم التجارية فقد كانت امتيازاً لطبقة التجار ، فلما اتسعت ميادين التجارة وتكاثر المحترفون بها لم يعد لهذا الامتياز القضائى محل ونقل اختصاصه تدريجاً الى المحاكم الملكية ، وتم ذلك نهائياً فى منتصف القرن الثامن عشر ، وأنشئت من بين محاكم الملك محكمة للفصل فى القضايا التجارية^(٢) .

. County Court (١)

(٢) راجع Jenks من ٧٢ — ٧٥ وكننك Deans من ١٣٦ .

٢ — المحاكم الاقطاعية

استعانت محاكم الملك في التظلب على محاكم النبلاء بعدة وسائل نزلت بها ولايتها القضائية ، وأهم هذه الوسائل ثلاث ، التوسع في فكرة أمان الملك ، والحيل القانونية ، والتدخل في منازعات الأراضي .

١ — أمان الملك — وهو نظام قائم في البلاد منذ العصر الانجلوسكسوني ، وإنما كان ينشئ حماية خاصة لا عامة ، مقصورة في الأصل على بيت الملك ، فمن اعتدى على أحد فيه أو على أحد من حاشيته فقد أخل بأمانه ، وأصبحت حياته تحت رحمته الا اذا اقتدى نفسه بفرامة يدفعها اليه ، وكذلك حال من ارتكب جريمة أو خيانة نحو شخص الملك . ولم ينسحب أمان الملك لغير ذلك قبل الفتح النورمندي ، الا باعلان شموله كل البلاد في أيام الأعباد من كل عام ، وبجمله ساريا على بلد خاص في بعض الأحيان . وكان هذا النظام أساس القضاء الملكي في المسائل الجنائية اذ يصبح المجرم خصما للملك ويحكم أمام قضاة الملك . ولكن هذه الفكرة الخاصة القاصرة صارت بالتدريج بعد الفتح النورمندي فكرة عامة شاملة جميع البلاد وفي كل الأوقات . وقد مهد لها ولهم القانع هذا السبيل بأن جعلها شاملة لجنوده ورجاله الذين استحضروهم الى البلاد المفتوحة ، وبأن جعلها بعد تنويجه عامة على كل اعتداء بالقوة في ارجاء المملكة . ثم استفلها الملوك ومحاكم الملك في العهود اللاحقة لنزع الجرائم من اختصاص المحاكم الاقطاعية باعتبارها جرائم مخلة بأمان الملك الذي أصبح مصدر العدل وحارسا على الأمن في البلاد . ولم يكن هذا مقصورا على الجرائم الكبرى ^(١) التي يعاقب عليها بالاعدام والمصادرة ، كاخيانة العظمى والقتل والحرق العمد والسطو وتزييف النقود

واغتصاب الأثاث والجرائم غير الطبيعية والانتحار، بل امتد الى الجرائم الصغيرة^(١) التي يعاقب عليها بالحبس وبالترامة، كالاغتداء على الأشخاص والتزوير وشهادة الزور وجرائم الاعتداء على المال وعلى حيازة الأراضي.

وكما كان التوسع في أمان الملك وسيلة لتغلب القضاء الملكي في الجرائم، كان سببا في تطور من نوع آخر، وهو القضاء على نظام المبارزة في المحاكمات الجنائية بعد أن كانت عنصرا من عناصر القضاء الاقطاعي، لأن الجريمة تجعل الملك خصما لهم في الدعوى الجنائية وليس لهم أن يبارز الملك المدعى. ولعل بعض المبادئ الجنائية المتبعة في القانون الانجليزي راجعة في أصلها الى فكرة أمان الملك، مثل حق الملك في الصفو عن الجريمة كما كان المعتدى عليه في العهد القديم ان يتنازل عن الجزاء، ومثل المبدأ الحديث القاضي بأن رضى المجنى عليه بالجريمة لا يسقط الدعوى الجنائية لأن الملك يصبح بالجريمة مجنيا عليه كذلك وله المطالبة بمقاب المجرم رغم رضاء من أصابته مباشرة بالضرر^(٢).

٢ — الحيل القانونية — كانت الحيل القانونية من الوسائل الفعالة في توسيع اختصاص المحاكم الملكية في المسائل المدنية على حساب المحاكم الأخرى، وذلك بإلزام المدعى عليه بالحضور أمامها بعد أن كان غير مكره على اجابة الاعلان الا بوسائل ادارية قد لا تكون مشمرة. وقد بلغ استعمال الحيل في المحاكم الملكية الثلاث الى درجة التنافس بينها في هذا المضار وغبة في زيادة دخلها من الرسوم القضائية، ويرجع هذا التنافس الى أن القضاء والموظفين في كل محكمة لم يكن لهم مرتبات محدودة في ذلك العهد بل كانوا يتقاضون أجورهم بحسب ما يصل اليهم

(١) misdemeanors ويطلق عليها أيضا trespasses وهو الاسم الذي يطلق على جرائم الاعتداء على الأموال — راجع Jenks ص ٤١، ٥٣، ١٥٢.

(٢) راجع Deans ص ٦، ٢٠، ١٩٧ وما يسما.

من الرسوم^(١) . فتسابقت محكمة « منصة الملك » المختصة بالجرائم و « محكمة الخزانة » المختصة بالضرائب الى الحيلة في نظر الدعاوى المدنية في الديون . الأولى تقتض في اعلانها المبلغ الى المدعى عليه من طريق مدير المقاطعة أنه اعتدى على المدعى بجريرة مخلة بأمان الملك وانه يجب القبض عليه للشول أمام المحكمة ، وبذلك يصبح في حراسة « أمين الملك » وهو الضابط المكلف بالمحافظة على المتهمين في المحكمة ، وحينئذ تصح مطالبته بالدين أمامها . والثانية تقتض في اعلانها ان المدعى عليه عطل سداد الضريبة المقررة على المدعى بعدم وفائه بدينه . ولم تقف « محكمة الدعاوى المدنية » ساكنة ازاء اعتداء المحكمتين الجنائية والمالية على اختصاصها ، وهى الوحيدة التى لا تستطيع اكراه المدعى عليه على مواجهتها ، فادعت لنفسها اختصاصا جنائيا في جرائم الاعتداء على الأموال ، واتخذت منه حيلة في اعلانها تماثل حيلة المحكمة الجنائية ، تستحضر بها المدعى عليه رغم أنه لمطالبته لديها بالديون أو بأية دعوى مدنية أخرى^(٢) .

٣ — التمرل في منازعات الأراضى — كان المبدأ العام ان النزاع انحصار بالأراضى الاقطاعية ينظر في محاكم النبلاء ، ثم كان من بين اصلاحات هنرى الثانى أن تقرر أن لا ترفع دعاوى الأراضى حتى أمام المحاكم الاقطاعية الا بناء على اعلان ملكى ، وأن المدعى عليه رفض المبارزة أمام محكمة التنبيل ونقل الدعوى منها الى محكمة من المحلفين يعينهم مدير المقاطعة . وقد فتحت هذه الاجراءات بابا لتدخل السلطات فيما اختصت به المحاكم الاقطاعية . ثم سار هنا التدخل خطوات أخرى . فقد كان النظر في دعوى الأراضى مقصورا على تعرف

(١) Deans ص ١٦٧ .

(٢) أنظر تفصيلات هذه الحيل في Jenks ص ١٦٩ — ١٧٤ و Deans ص ١٦٧ —

المالك أو صاحب الحق ولا يتعرض للحيازة بحيث ان من اغتصبت منه الأرض لا يستطيع رد حيازته عليها ما لم يثبت ملكيته ، فتقرر أن تنظر دعاوى الحيازة أمام محاكم الملك قبل أن يفصل في دعوى الملكية أمام محاكم النبلاء ، ولكن محاكم الملك كانت اذا نظرت الحيازة تبحث في الواقع الملكية وتقضى بالحيازة للمالك ، والنسب مكن في اختصاص محاكم الملك أن الاعتداء على الحيازة أصبح في عداد الجرائم المحلة بأمان الملك .

هذا التوسع في سلطان المحاكم الملكية حد من اختصاص المحاكم القطاعية وحرم النبلاء من ايرادهم القضائي ، وكان ذلك من أسباب ثورتهم على الملك «جون» واستصدار «الوثيقة العظمى» التي ألغى بها اختصاصه في منازعات الأراضي . على ان محاكم الملك استمرت بعد ذلك في نظر ما يرفع اليها من هذه الدعاوى مستترة بحيلة يصفها المؤرخون « بالحيلة الفاضحة »^(١) ، وهي افتراض أن اللورد تخلى عن الفصل في القضية ، وتأيدت هذه الحالة بقانون صدر في القرن الرابع عشر بأن أى رعية غير ملزم بالالتجاء الى محاكم النبلاء أو بالحضور أمامها في الأمور الخاصة بأراضيها . ولم يبق بعد ذلك لمحكمة اللورد من الاختصاص في مسائل الأراضي الا المنازعات بين اتباعه لللحقين بالأراضي عنده ، وهم نوع من الرقيق الزراعى^(٢) . وفي القرن الخامس عشر ، عقب حرب أهلية ، ألغى نظام للحقين بالأراضي وصارت لهم حرية كاملة وحماية قانونية بحيث لو طردهم سيدهم من الأرض اعتبر ذلك جريمة^(٣) .

بهذه الوسائل الثلاث للتقدمة تمكنت محاكم الملك من ابتلاع اختصاص

(١) glaring fiction أنظر Jenks ص ٥١ .

(٢) Colons, Serfs, serfdom .

(٣) راجع فيما يخص Jenks ص ٤٩ — ٥٢ .

المحاكم الاتطاعية في الجرائم وفي الديون المدنية وفي دعاوى الأراضى .

٣ — المحاكم الكنسية

عرفنا كيف نشأت هذه المحاكم الدينية مستقلة عن المحاكم المدنية ، وكيف توسعت هذه المحاكم في سلطتها توسعا كبيرا النطاق بسبب مرونة الاصطلاح الخاص « بعلاج الروح » ، فشملت الزواج والطلاق والمهبة والوصية والحنث باليمين والقذف والنش والتزوير . . الخ ، وهى مع ذلك مختصة بالفصل فى كل نزاع جنائى أو مدنى يمس أحد رجال الكنيسة أو مصالحها أو أراضيا . وكان للكنيسة فوق ما تقدم امتيازان : الأول امتياز دينى ^(١) نشأ منذ القرن الثانى عشر يمنع من محاكمة رجال الدين أمام محاكم الملك اذا ارتكبوا جرائم ماسة بأمانه ، ويجعلها من اختصاص المحاكم الدينية . وقد زاد فى طفيان هذا الامتياز غموض التفرقة بين المدنيين ورجال الدين ، نظرا لتعدد درجات الأخيرين ولأنه كان يكتفى لاعتبار المتهم منهم أن يكون قادرا على تلاوة آية باللاتينية من الانجيل فى المحكمة الملكية . وكان من فوائد هذا الامتياز نجاة المجرمين من قسوة عقوبات القانون فى هذا العهد . والثانى امتياز الحماية ^(٢) ، وهو أقدم عهدا ، يحى المجرم من المحاكمة اذا لجأ الى احدى الأماكن الدينية ، بحيث لا يمكن للمجنى عليه ولا للسلطات الملكية الانتقام منه أو القبض عليه ومحاكمته ، والا كان فى ذلك انتهاك لحرمة الكنيسة . أمام هذا الاتساع فى نفوذ الكنيسة واختصاص محاكمها احتدمت المنافسة بينها وبين محاكم الملك ، وأخذت السلطة المدنية تحارب السلطة الدينية شيئا فشيئا حتى انتزعت منها نفوذها القضائى بحيث أصبح قاصرا على الأمور الدينية البحتة .

. Benefit of Clergy (١)

. Privilege of Sanctuary (٢)

بدأ ذلك بالناء اختصاص المحاكم الكنسية في نزاع الأراضى والديون في القرن الثانى عشر بقرار تشريعى كما مر في البحث الأول^(١) ، ولكن الامتيازات الدينية لم تخف وطأتها الا بعد أن تولى البرلمان علاجها ، فقد ضيق بالتدريج نطاق امتياز رجال الدين في الجرائم بتحديد درجات القسس الذين يملكون حق التمتع به ، ونطاق امتياز الحماية بتحديد الكنائس التى يصح التمسك بمجابتها ، حتى ألغى كل منها نهائيا بقرار من البرلمان الأول في سنة ١٥٣٠ والثانى في سنة ١٦٢٣ .

وفي خلال ذلالم كانت السلطات الزمنية تنتقص من اختصاص المحاكم الكنسية في كثير من القضايا المدنية ، وانتقلت الى ولاية المحاكم الملكية التى أخذت تنظر فيها مع دفع جزء من الرسوم القضائية الى الكنيسة ، حتى فقدت محاكمها معظم اختصاصها المدنى ، ولكنها احتفظت بمسائل الزواج والوصية مدة طويلة ، ثم قرر نزاعها منها فى النصف الأخير من القرن التاسع عشر — أى فى سنة ١٨٥٧ — بقرار من البرلمان^(٢) .

٤ — مصادر القانون

نتهى من هذه المرحلة بكلمة وجيزة عن مصادر القانون الذى كانت تطبقه محاكم اللالك فى خلال التطورات المتقدمة . اتخذت هذه المحاكم اسم محاكم القانون العادى ، نسبة الى القانون^(٣) الذى قامت بتأويل أحكامه

(١) راجع ص ٩٧ من البحث الأول .

(٢) راجع تفصيلات ذلك فى Jenks ص ٧٤ وص ١٥٧ — ١٦١ وكذلك Deans

ص ١٥٣ ، ١٨٨ .

(٣) Common Law أى القانون العام على جميع البلاد ، وقيل بأن هذا الاسم مستعار من الاسم الذى كان يطلق على القانون الكنسى jus commune العام على جميع الكنائس فى البلاد ازاء القانون الخاص بكنيسة بلد أو دولة — شيرمان جزء أول ص ٣٥٤ — پولوك وميتلاند جزء أول ص ١٧٦ .

وانفاذا في القضايا التي آلت اليها بدلا من الجهات القضائية الأخرى . وكانت تستمد قواعد هذا القانون العادي من المصادر التي ورد بيانها في دراسة المصد السابق ، بعد أن أصبحت في حالة أكثر ثباتا ووضوحا وأغزر مادة ، وأهمها سجلات السوابق القضائية التي احتوت على المبادئ التي أقرتها المحاكم في إعلانات الدعاوى والأحكام التي صدرت منها ، وكانت محتويات هذه السجلات ذخيرة للقضاة يستمدون منها القواعد القديمة ويضيفون اليها القواعد الجديدة التي تدعو اليها الأحوال الجديدة ، بعد أن صدر بعد انتهاء العصر السابق قانون يجعل لهذه المحاكم سلطة إصدار إعلانات في الحالات التي لا سوابق لها ، وكأنه يمنحها بذلك سلطة تشريعية مطلقة ^(١) . وقد اعتنقت المحاكم مذهبا مشهورا بأن « القانون العادي قانون قديم ثابت فيه حل لجميع المسائل بحيث لا يصح أن تتغير قواعده بعمل إنساني ولو كان عمل البرلمان ذاته » ، ولذلك كان القضاة يحترمون الأحكام السابقة احترامهم لقانون مقدس ، فان طرأت حالة جديدة أمامهم فصلوا فيها بحكم جديد ملثم معها ، بزعم أنهم يطبقون المبادئ القضائية والتقاليد السابقة . وكان لهذا المذهب الرجعي أثر محمود ، لأنه منع تحكم السلطة الحاكمة في أمور التشريع ، في عصور كانت مزدهمة بالانقلابات السياسية وبالخروب الأهلية ^(٢) . ولذلك كانت القرارات البرلمانية قليلة العدد ولم يكن صدورها الا في القرن السابع عشر ، ثم عادت نادرة في القرن الذي تلاه ، الى أن صار البرلمان مع الملك ^(٣) في القرن التاسع عشر أهم مصدر للقانون الحديث .

ونلاحظ فوق ذلك أن محاكم القانون العادي كانت تطبق في مبدأ الأمر

(١) وهو قانون وستمنستر الصادر في سنة ١٢٨٥ — أنظر Jenks ص ٧٨ .

(٢) Jenks ص ٧٦ وص ١٨٤ .

(٣) "King in Parliament" — أنظر Jenks ص ١٨٨ .

قواعد القانون الكنسى فى المسائل التى انتزعتها من محاكم الكنيسة ، لأنه لم يكن لدى محاكم الملك بالنسبة لهذه المسائل سوى أحكام هذا المصدر الدينى ^(١) .

ومن جهة أخرى قوت رغبتها السابقة فى الاستعانة بمبادئ القانون الرومانى منذ القرن الرابع عشر ، نظرا لانقطاع تعيين رجال الدين قضاء بالمحاكم الملكية واستبدالهم بقضاة مدنيين لم يتفقوا مثلهم فى القانون الرومانى ، فضعف تأثيره فى تطور القانون العادى حتى أصبح الأخير شديدا فى إجراءاته ضيقا فى أحكامه ^(٢) ، وانصرف عنه الناس الى باب آخر للمدالة كما سنرى بعد ذلك .

— ٢ —

ظهور قانونه العرفى ^(٣)

ظروف نشوئه — كان بجانب الملك مجلس خاص يستشيريه فى أمور الدولة ، وعلى رأسه مستشار كان يختاره الملك فى المصور الأولى من كبار رجال الدين ، وفى المصور الحديثة من كبار رجال القانون ، ولم يكن له فى مبدأ الأمر سلطة قضائية ، بل كانت هذه السلطة متروكة لمحاكم القانون العادى . وفى القرن الثالث عشر بدأ النظر فيما يرفع الى الملك من المظالم والشكاوى المدنية ، اما لأن القانون العادى لا يرد مظلة المشتكى بسبب ما فيه من النقص أو القواعد التى لا تتفق مع العدل فى شكواه ، واما لأن خصمه ممتاز بقوته ونفوذه ولا أمل فى حضوره أمام المحكمة أو فى تنفيذ الحكم اذا صدر عليه ، وكانت قراراته فيها ذات صفة ادارية أكثر منها قضائية . وانهى الأمر بأن تشكلت فى القرن الرابع عشر محكمة خاصة برئاسة هذا المستشار سميت باسمه ، كانت تفصل فيما يعرض

(١) Lee ص ٣٠٠ — ٣٠٧ وكذلك Jenks ص ١٩٨ .

(٢) Sherman — جز ١ أول ص ٣٦٢ .

(٣) راجع ما جاء فى البحث الأول ص ٨٠ — ٨٣ .

عليها من الدعاوى بمبادئ العدالة المجردة من أى نص قانونى أو حكم قضائى أو تقليد من التقاليد القديمة ، حتى كونت لنفسها طائفة من النظريات الجديدة والاجراءات الخاصة صارت مع ثباتها وكثرتها قانونا سمي قانون العدالة .

امتياز الاجراءات والمبادئ — وقد امتازت قواعد هذه المحكمة بعدة اجراءات تفوقت بها على أحكام القانون العادى ، لا سيما فيما يختص بتنفيذ القرارات الصادرة فى القضايا المدنية . ومن هذه الاجراءات أنها اذا حددت للمدعى عليه مياعدا للحضور أمامها ولم يحضر عرض نفسه للعقاب على جريمة « الازدراء بالمحكمة » ^(١) ، وأنها قد تصدر على الخصم نهيًا ^(٢) يقضى عليه بعدم الاستمرار فى عمل معين ، والا أودع السجن ، كما اذا كان قد رفع أمام المحاكم العادية دعوى مطابقة لأحكام القانون العادى ولكنها مخالفة للعدالة وظالمة لخصمه فيؤمر من محكمة العدالة بعدم السير فيها . ومن هذه الاجراءات أيضا أنها قد تصدر الى الخصم أمرا ^(٣) بالقيام بعمل معين تهد به فى عقد مع المدعى ، أو لرد شىء فى حيازته مملوك للمدعى ، والا نفذ ذلك عليه جبرا ، ولم يكن للمحاكم العادية أن تلزمه بشىء من ذلك رغم ارادته ما دلم مستعدا لدفع قيمته . ومنها كذلك أن تصدر قرارا للمدعى ، الذى امتنع خصمه عن الحضور ، أو عن تنفيذ الأمر المقضى به عليه ، بأن له أن يحجز على بعض أمواله لاستيفاء حقوقه منها ، بدلا من اتخاذ اجراءات طويلة غير منتجة لاحضار الخصم أمام المحكمة أو لوضعه فى عداد « الخارجين على القانون » .

(١) Contempt of Court — أنظر Deans ص ٥٥ — وعقابه غرامة قدرها مائة

جنيه — أنظر Jenks ص ١٦٥ .

(٢) Injunction — أنظر Jenks ص ٧١٧ .

(٣) Decree — واذا امتنع عن تنفيذه تعرض لقرار الحبس على أمواله Sequestration

هذا فيما يختص باختلاف الاجراءات بين محكمة العدالة والمحاكم العادية ،
أما في المبادئ القانونية فإن كثيرا من أحكام العدالة تناقض قواعد القانون
المادى وتطابق للعقول ، ومن ذلك ما يلى : —

١ — ان الالتزام الذى لا سبب له أو الذى لم يتوفر سببه لا يكون لازما
للمدين ولو تصد به كتابة مستوفيا جميع الشروط الرسمية ، فالتعهد بمبلغ القرض
الذى لم يقبضه المقرض ، أو التعهد بالتأمين من المشتري الذى لم يستلم المبيع ، اذا
كان فى سند رسمى ، ملزم للمدين أمام المحكمة العادية ، غير ملزم له امام محكمة
العدالة ، بل قد تجبر الدائن على رد السند للمدين حتى تبرأ ذمته .

٢ — أوجب القانون فى بعض العقود أن يكون اثباتها بالكتابة لا بغيره ،
فإن لم يكن هناك سند كتابى فلا دعوى على المدين . ولكن محكمة العدالة قررت
الزام المدين بتعده اذا اعترف بوقائع العقد أو اذا كان قد أخفى السند أو اذا كان
الطرف الآخر قد وفى بنصيبه من العقد ونتج عن هذا الوفاء ضرر أو مسئولية .
٣ — بحسب مبادئ محكمة العدالة أصبحت الزوجة مستقلة بأموالها حرة
التصرف فيها بعد ان كانت بحسب القانون المادى فى ادارة الزوج وتحت تصرفه
المطلق^(١) .

٤ — لا يعترف القانون المادى بحق شخص فى العقار الا اذا كان قد نقل
الى حيازته بصورة من الصور الخاصة^(٢) المصحوبة باجراءات ورسميات معينة ،
وبغير ذلك لا يعتبر مال كاله حق الانتفاع بالمال . ولكن قانون العدالة يعترف
بهذا الحق ما دام صاحب العقار الاصلى قصد التنازل له عن هذا المال ولو لم ينقله

(١) راجع تفصيلات هذه القواعد الثلاث فى Jenks ص ٢١٢ ، ٢٢٠ ، ٢٢٦ .

(٢) أهمها الصورة التى تعرف باسم Reisin .

الى حيازته باحدى الطرق المتقدمة ، وبذلك نشأ فى قانون العدالة نوع من الملكية غير الذى يقره القانون العادى ولكنه يتفق مع العقل والضمير ^(١) .

التنافس بين العدالة والقانون — كانت نتيجة مجهودات محكمة المستشار

أن تكونت مجموعة كاملة من الاجراءات والمبادئ القانونية ، فظهر قانون العدالة بجانب القانون العادى الذى تطبقه محاكم الملك العادية ، وكان القانونان يتشابهان فى بعض القواعد ويختلفان فى البعض الآخر كما تقدم .

ولم يلبث هذا الاختلاف حتى بحث على المنافسة الشديدة بين القانونين أو بين المحاكم العادية ومحكمة المستشار ، كل منهما يجاهد فى نشر نفوذه على حساب الآخر ، وظهر لكل من الفريقين أنصار من العلماء ورجال القانون أمثال ليتلون وبلاكستون من المذهب القديم واللورد بيبكون من المذهب الجديد ، وكان كل من القانونين تدرس مبادئه واجراءاته فى معاهد خاصة ^(٢) . واستمر هذا النزاع من القرن الخامس عشر الى القرن السابع عشر حتى تغلب نفوذ قانون العدالة ، واكتسبت محكمة المستشار بأمر ملكى من ذلك العهد حق اصدار قرارات بنهى المدعى عليه عن السير فى تنفيذ حكم صادر لمصلحته من المحاكم العادية ^(٣) . وزاد فى

(١) ويطلق على هذا النوع الجديد اسم *use* ازاء ملكية القانون العادى *Solein* — انظر Deans ص ٣٥ — ٣٦ . وهذا التطور يطابق ماحدث فى القانون الرومانى من نشوء الملكية البرشورية المترتبة على التسليم بجانب الملكية المدنية التى لا تلتصق الا بطريق من طرق القانون المدنى الرسمية كالاشهاد أو الدعوى الصورية .

(٢) كان القانون العادى يدرس فى معاهد المحاكم باندرو *Inns of Courts* والقانون الرومانى بما فيه من قانون العدالة يدرس فى الجامعات — راجع شيرمان — جزء أول ص ٣٦٦ .

(٣) والحادث الذى أفضى الى هذا المبدأ يدل فى تفاصيله على حدة النزاع وغرابطه بين جهتي القضاء الملكى . فى سنة ١٦١٤ باع شخص الى آخر جواهر قيمتها ١٢٠ جنيهًا موما اياه أن قيمتها أضعاف ذلك بكثير وأخذ بالتمن سبداً عليه بمبلغ ٦٠٠ جنيه ، ولما تعطل السداد أخذ الدائن عليه حكماً بالمبلغ من محكمة القانون العادى ، فالتجأ المشتري الى محكمة —

تأييد مركز قانون العدالة انتشار البحث العلمى فى القرن السادس عشر واتساع دراسة الفقه الرومانى ، وكان من أهم مصادر محكمة المستشار ، حتى قيل من بعض الباحثين بأن هذا النزاع العنيف كان يمثل النزاع بين تقاليد النظام الاتباعى الجرمانى وبين مبادئ القانون الرومانى مستترة باسم العدالة ^(١) .

وفى النصف الأخير من القرن التاسع عشر تم النصر النهائى لقانون العدالة على القانون العادى ، فقد صدر قرار تشريعى يسمى بقرار القضاء ، نظم المحاكم الملكية — عادية واستشارية — على نسق واحد جديد ، ووضع لها قواعد للإجراءات والمرافعات ، وقرر بأنه فى المواضع التى تختلف فيها مبادئ القانون العادى عن قانون العدالة يجب على المحاكم تطبيق قانون العدالة دون القانون العادى .

ولابأس من أن نكرر هنا أن مصدر قانون العدالة فى أذوار تطوره لم يكن سوى العدالة التى يوحى بها العقل والضمير بصرف النظر عن التقاليد أو القواعد القانونية . حتى سميت محكمة المستشار أحيانا « بمحكمة الضمير » . وإنما كان

= المستشار بعد ذلك وعرض رد الجواهر وطلب براءته من السند ، وحكم المستشار بذلك على البائع فاستتم من تنفيذ هذا الحكم ، وحيث أن حكم عليه بالحبس لآذراءه المحكمة ، وعندئذ منعت محكمة القانون العادى البائع بناء على طلبه الإفراج عنه بمقتضى نظام habeas Corpus لأن حكم محكمة العدالة بالحبس باطل قانونا . وفى سنة ١٦١٦ حدثت قضية أخرى صدر فيها حكم بالدين للمدعى ظاهرا أنه استدراج شاهد المدعى عليه أثناء نظر الدعوى إلى محل خور غسر المدعى عليه ، ولما التجأ لمحكمة المستشار حكم على المحكوم له بعدم تنفيذ حكمه ، فقرر رئيس القضاة بمحكمة القانون العادى إحالة الخصم الذى لجأ إلى العدالة وإحالة محاميه إلى المحاكمة الجنائية لجناية الترضى لأحكام محكمة الملك . وانتهى الأمر برفع المسألة إلى الملك فأصدر قرارا بأجلز به لمحكمة المستشار أن توقف تنفيذ حكم يصدر من محاكم الملك مخالفا لمبادئ العدالة — راجع Deans من ٩٦ — ٩٩ .

(١) Sherman جزء أول من ٢٦٣ .

المستشار في الواقع يستقى مبادئه خفية من القانون الروماني في غالب الأحوال^(١).

- ٣ -

مصير القانون الإنجليزي

نظم هذا البحث بكلمة عن مصير الشريعة الأنجلوسكسونية في العصر الحديث ، من حيث تجميع قواعدها ، ومن حيث سلطانها في العالم الحالى :

١- لم يوضع القانون الإنجليزي في مجاميع رسمية في أى عصر من عصوره التاريخية كما حدث في القانون الروماني ، بل ظل كما نشأ في أول عهده مزيجاً متناثراً من التقاليد القديمة ومن الأحكام القضائية ومن بعض قرارات تشريعية صادرة من الملوك في العصور الأولى ومن البرلمان في العصور الحديثة . وكانت قرارات البرلمان كثيرة في القرن السابع عشر وتناولت مسائل عدة ، مثل القرارات الخاصة بالصناعات المحتكرة ، وبدعاوى الأراضى ، وبالقضاء الاقطاع الحربية ، وبنظام « احضار جسم السجين » ، وقواعد الملاحة ، وبالنفس في العقود ، وبجريمة الخيانة العظمى . وكل هذه القرارات صدرت من البرلمان متفرقة غير مجموعة . ثم عادت الى ندرتها في القرن الثامن عشر وترك البرلمان في خلاله لمحكمة الصداقة اقراراً ما تراه من المبادئ والأساليب القانونية دون تدخل من المشرع ، ولم يصدر منه سوى قرارات خاصة بالتسجيل ، وبمنح حق الانتفاع بالأراضى ، وبالتأمين على الحياة . وكانت هذه القرارات متفرقة كذلك .

أما جمع القوانين فلم يبدأ الا في القرن التاسع عشر ، وعلى أثر دعوة قام بها كثير من العلماء مثل اللورد بيبكون وبنتام وبولوك ، ولم يكن بدؤه في انجلترا بل

(١) Maine, Ancient Law, p. 48 التى قال باتا نيجد في سجلات أحكام المستشارين

« فقرات باكلها من مجاميع جستييان بنير تنبير في عباراتها وبدون اعتراف بمصدرها » .

في مستعمرة الهند حيث جمع قانون العقوبات والقوانين المدنية وقانون المرافعات الجنائية . ولم يمد الانجليز في انجلترا ذاتها الى جمع قوانينهم الاجزئيا وبالموضوع ، مثل القواعد الخاصة بالكميالات وقواعد الشركات ويوع البضائع . وقد اقتلت بعض المستعمرات بانجلترا في هذا العمل فاقبست هذه المجموعات الجزئية منها . ولذلك فان القانون الانجليزى في حالة ليست على نسق واحد بل على صور من القواعد القانونية مختلفة ، تشريعية وغير تشريعية ، مجموعة وغير مجموعة .

٢ - لم يكن القانون الانجليزى قاصرا على الجزر البريطانية بل انتشر في بلاد كثيرة أخرى ، والسبب في سعة انتشاره لا يرجع الى درجته من التهذيب العلمى أو البساطة في اجراءاته ، فالأمر بالعكس . وانما يرجع الى أسباب أخرى ، منها الفتح وحرص الانجليز على تغليب الروح والنظم الانجليزية في مستعمراتهم ، ومنها ازدحام جزء كبير من هذه للمستعمرات بالمنصر الانجلوسكونى الذى هاجر اليها ، واقراض المنصر الأصلى فيها . وعلى ذلك امتد سلطان القانون الانجليزى الى أقاليم أمريكا الشمالية ، وهى الولايات المتحدة الآن ، في القرن السابع عشر ، واستمر على اتصال وثيق بتطوراته الجديدة في انجلترا . وانتشر في كندا — عدا بعض ولايات منها مثل كويبك — بعد أن تزعت فرنسا عنها يدها في القرن الثامن عشر . وفي خلال القرنين الثامن عشر والتاسع عشر ساد القانون الانجليزى في استراليا ونيوزيلاندا وافريقيا الجنوبية وفي الأمبراطورية الهندية ^(١) .

ولذلك نجد العالم الحديث بين ثلاث شرائع ، الشريعة اللاتينية ، والشريعة الانجلوسكونية ، والشريعة الاسلامية التى سادت في العالم الاسلامى والتي لا زال سلطانها باقيا في أكثر البلاد الاسلامية ، كما يأتي بيانه في البحث المقبل .

(١) أنظر Sherman جزء أول ص ٣٧٨ وما بعدها .

أبحاث في تاريخ الشرائع

الشريعة الإسلامية

تطور المبادئ القانونية عند العرب في الجاهلية و صدر الإسلام

للاستاذ على بدوى

أستاذ القانون الجنائي وتاريخ القانون بكلية الحقوق

مقدمة

١ - التماثل في تطور الشرائع

٢ - مقارنة بين الشريعة الإسلامية والقانون الروماني

٣ - تصور تطور الشريعة الإسلامية

-- ١ --

ان الباحث في تاريخ الشرائع في العصور الأولى يجد كثيرا من التشابه في ظروف تطورها وفي العوامل التي أدت الى هذا التطور ، وذلك لأن الشعوب القديمة في أولى حياتها كانت خاضعة الى حالة اجتماعية متماثلة وعلى درجة من الحياة العقلية واحدة أو متقاربة ، فنشأت تفالدها القانونية الفطرية بصورة واحدة ، ثم مرت الشعوب في تطورها الاجتماعي بأدوار متشابهة وواجهت في سيرها ظروفًا وصعوبات متشابهة فاستعانت عليها بوسائل من العلاج متشابهة ، وامتد هذا التشابه الى النظم القانونية كما شمل باقي عناصر حياتهم ومظاهرها ، ويظهر هذا الأمر واضحا في تاريخ الشرائع القديمة ، كما عند اليونان والرومان والانجليز والجرمان والهنود والعرب ، سواء أكان في العهد الذي نشأت فيه التقاليد القانونية ، أم في المظاهر المتتابعة التي تشكلت

بها أم في الوسائل التي عملت على تطورها واتساع أحكامها ، غير أن بعض هذه الشرائع اتخذت في نشوئها وتطورها صبغة سياسية أو وضعية ، وبعضها استمدت أصولها وعوامل تقدمها من مصادر دينية أو سماوية .

ومن المتفق عليه بين الباحثين أن القانون الروماني في نشوئه وأدوار تطوره يعتبر نموذجا لدراسة نشوء الشرائع وتطورها في العصور القديمة (١) نظرا لاتساع ميدان نفوذه واطراد عصور تطوره وتحقيق أدواره تاريخيا ، ولذلك فإن تاريخ القانون الروماني لا يزال منذ قرون موضع عناية الباحثين وموردا يستقون منه مثالا لتطور القوانين في الأمم السالفة ، ويكيفون على ضوءه الأدوار الاجتماعية والقانونية التي مرت بها الشعوب الأخرى .

ولم يكن للشرعة الإسلامية نصيب من عناية أكثر المؤرخين من علماء الغرب ، ولم تتناولها أبحاثهم بمثل ما تناولت به الشرعة الرومانية ، ولو أنهم فعلوا ذلك لوجدوا مثالا آخر حيا للدراسة التاريخية لا يقل في سعة ميدان نفوذه ولا في مدى تطوره عن القانون الروماني .

- ٢ -

وإذا قارنا بين الشريعة الإسلامية والقانون الروماني من الوجهة التاريخية وجدنا كثيرا من مواضع الشبه كما نجد كثيرا من مواضع الخلاف .

هناك كثير من مواضع الشبه في تطور كل من الشريعتين

١ - بدأت الشريعة الإسلامية - كما بدأت الشريعة الرومانية - بقانون مسطور محددة نصوصه ، وكان لكل منهما مركز مقدس في نفوس الناس ، غير أن الألواح الرومانية (٢) كانت قانونا وضعيا ، واحترام الرومان إياه احتراما

(١) أنظر سير مـنرى من Maine , Ancient Laws في الفصل الاول وجيرار

Girard, Droit Romain في المقدمة

(٢) وهي الألواح التي عمر Xittabes التي وضعها حكماء الرومان في منتصف القرن الخامس قبل الميلاد ونشرت على الناس في مكان عام حتى يعرف كل فرد ماله وما عليه وتعتبر قواعدها لأساس الاول لبناء القانون الروماني .

تقليديا ، بينما القرآن قانون سماوى واحترام المسلمين إياه احترام دينى .
٢ - سبق العهد الذى صدر فيه كل من هذه النصوص عصر كانت تسود فيه التقاليد والعادات - عند الرومان قبل وضع الألواح ، وعند العرب قبل نزول القرآن - وبعض هذه التقاليد قد أقرتها النصوص فى كلا الشعبين وبعضها قد تعدلت .

٣ - كان الأثر الذى أحدثه الفقهاء وأهل رأى فى الشريعة الاسلامية مماثلا لما أحدثه الفقهاء ورجال القانون فى الشريعة الرومانية ، فى كليهما تناولوا النصوص بالتفسير والبحث وترتيب القواعد العامة عليها واستنباط الأحكام الجديدة منها ، فالرأى عند المسلمين يقابل - فى تأثيره - العدالة عند الرومان .

٤ - أصبح كل منهما شريعة عالمية غير قاصرة على أمة واحدة أو على جنس واحد . الأولى فى العالم الأوروبى والثانية فى العالم الاسلامى ، غير أن القانون الرومانى كان فى مبدئه وقفا على الرومان خاصة بهم ، ثم قصت الفتوح وتقدم الأفكار أن يكون عاما على جميع سكان الدولة ، ولكن الشريعة الاسلامية شرعت فى الأصل للشعوب كافة .

وهناك فى غير ما تقدم نقط الخلاف فى تطور كل من القانونين ، وكلها ترجع الى فكرة واحدة ، وهى أن الشريعة الاسلامية أصلها صادر من الاله ، بينما القانون الرومانى من وضع الانسان وعمله ، ومن هذه الفكرة تفرعت الفوارق التاريخية بين الشريعتين :

١ - ان الشريعة الاسلامية كانت فاتحة عصر اجتماعى جديد ، فقد جاءت بدین جديد ، وجادت معه بنظام عمرانى جديد كان له أثره فى انقلاب حالة العرب وكثير من أمم العالم ، بينما عهد الألواح الاثنى عشر لم يكن إلا استمرارا للحياة السابقة عليه فى روما ، فلم يحدث انقلابا فكريا ولم ينشئ حالة اجتماعية جديدة ولم يغير فى عقائد القوم .

٢- أن مجهود المشرع بعد عهد الرسول يكاد يكون منعذما في الشريعة الإسلامية ، لأنها قانون سماوى لا تقوم بجانبه نصوص تشريعية وضعية ، ولكن المشرع الرومانى كان له أكبر الأثر فى تطور القانون الرومانى ، وعلى الأخص فى العهد الامبراطورى .

٣- لم يكن فى نظم الشريعة الإسلامية حاكم قضائى - كما كان عند الرومان (١) - يتولى ادارة القضاء ويبان المبادئ الواجب اتباعها ، بل كان يمهّد بالقضاء الى قضاء يترك لهم حرية الفصل فى المسائل بحسب ما يرونه من نصوص الكتاب والسنة وما يرشد اليه اجتهادهم .

٤- لم تدون أحكام الشريعة فى مجموعة رسمية Code بعد القرآن الكريم ، اللهم إلا بعض مجاميع غير رسمية من السنة وقليلاً من قواعد الشريعة فى تركيا ومصر ، أما القانون الرومانى فقد بدأ بمجموعة رسمية وانتهى بمجموعات رسمية .

- ٣ -

يتناول البحث فى التاريخ التشريعى للإسلام خمسة عصور لا تتفق بالدقة مع عصور تاريخه السياسى :

الأول - عصر الجاهلية ، وهو المرحلة السابقة على ظهور الإسلام فى سنة ٦١٠ م .
الثانى - صدر الإسلام ، وهو المرحلة الأولى للشريعة ، من ظهور الإسلام الى نهاية الخلافة الأموية ، تكونت فى خلاله مصادر التشريع وأصوله ، وهو يعتبر بالنسبة للشريعة عصر التكوين .

الثالث - عصر التهذيب أو العصر العلى ، يشمل القرنين الأولين من الخلافة العباسية ، فى خلاله تهذبت أصول الفقه وانتظمت أحكام الشريعة فى أوضاع علمية ، وبلغ البحث العلمى ذروته .

الرابع - عصر التقليد ، يبدأ بالعهد الأخير بالدولة العباسية وينتهى الى

عصر التاريخ الحديث ، سار فيه الفقهاء والقضاة على قواعد العصر السالف ومذاهبه ، ولو لم يكن للاجتهاد فيه نصيب .

الخامس — العصر الحديث من عهد محمد على الى اليوم ، وهو في الواقع عصر التجديد ، حيث أخذت الشريعة بمد الركود الطويل أنجاها جديدا يتفق وروح العصر ويلآئم الظروف الاجتماعية الحديثة ، وعصر البحث في هذه المرحلة الأخيرة مستمد أكثره من حالة الشريعة في مصر .

المبحث الأول

عصر الجاهلية

١ — المآثر الاقتصادية والاجتماعية

٢ — نظام الأسرة في الجاهلية

٣ — نظم المعاملات والعقوبات والقضاء

— ١ —

عصر الجاهلية هو العصر الذي كانت فيه العرب على حال الفطرة والخلق الطبيعي ، وهو يقابل العهد السابق على وضع الألواح الاثني عشر عند الرومان ، والعهد السابق على الفتح النور مندى عند الانجليز .

وانا نقتصر في دراسته على وصف وجيز لحالته الاقتصادية والاجتماعية ، وعلى بحث الحالة القانونية التي كانت سائدة فيه قبل ظهور الاسلام .

يتكون الجنس العربي - على ما يروى المؤرخون - من شعبين تفرع كل منهما الى عدة بطون وقبائل ، وهما شعب قحطان وأصله في اليمن وهو من بني سام ابن نوح ، وشعب عدنان وأصله في الحجاز وينتهي نسبه الى اسماعيل وابراهيم ، وينقسم العرب في نظام معيشتهم الى فريقين : بدو وحضر ، فالبدو سكان البادية

والعنصر الغالب في جزيرة العرب ، وهم أقرب الى حياة الطبيعة ، يعيشون - بين رحيل وتوطن - على ما تنتجه ماشيتهم ، يأكلون لحومها ويشربون ألبانها ويلبسون أصوافها ويتخذون منها مساكنهم^(١) ، ولهم في الغارة على القبائل المعادية وسلبها وسيلة أخرى من وسائل العيش . والحضر أهل المدن كصنعاء وعدن في اليمن ومكة والطائف في الحجاز . وهم أقرب الى حياة المدنية لا اشتغالهم بالزراعة والصناعة ولا اتصالهم بالتجارة الدورية إما في الأسواق أو بالقوافل ، ولخضوعهم الى نظام حكومي في بعض الجهات ، كما في اليمن والعراق والشام . كانت العرب أهل مروءة وخرافة وعصية ، يبذل العربي نفسه للدفاع عن كرامته ولحماية جاره وحليفه ويذل ماله لا كرام ضيفه واعانة اللاجئ اليه . يعتقد في عبادة الأصنام والأوثان تقربا بها الى الله ويستعين بمشورة الأعلام والكهنة كلما أقدم على عمل أو سفر ، وبين العرب أقلية تعتق اليهودية أو المسيحية . يفاخر العربي بنسبه ويتعصب لقبيلته ظالمة كانت أو مظلومة ، له بالأعضاء ما عليه ما عليهم ، وكل قبيلة تعيش مستقلة عن الأخرى ويتضامن أفرادها في الحق وفي الواجب ، وتنتهي رئاستها الى من اشتهر منها بالشجاعة والكرم أو من امتاز فيها بالجاه والثروة .

أما الحالة القانونية فلم تكن قائمة على شريعة منظمة ، بل كانت خاضعة لعادات وتقاليده قد تختلف باختلاف القبائل ، وقد يرجع بعضها الى مبادئ اليهودية ، وتتلخص دراستها في بيان نظام الأسرة ، ثم في كلمة موجزة عن المعاملات والمقوبات والنظام القضائي .

-- ٢ --

كان الزواج مطلقا لاحد لتعدد الزوجات فيه ، والطلاق مباحا لاحد لعدد الطلاقات فيه ان شاء الزوج أرجع المطلقة اليه وان شاء تركها ، وكانت لهم

أنواع شتى من الزواج والطلاق ، كزواج المتعة والشغار ^(١) . وكتلاق
الايلاء والظهار ^(٢) ، وقد أبطلها الاسلام جميعا .

أما الارث فقد كان أساسه المناصرة والدفاع عن الأسرة ، فلم يكن إلا
للبالغين من الذكور - دون الصغار والنساء - الذين يحملون السيف ويقاتلون
العدو ، ويتقدمون في الميراث بحسب درجة القرابة ، وكانت للعرب فوق ذلك
نظم متنوعة من الموارث منها ميراث التفي ، ومنها ميراث الولاء ، وهو أن
يتحالف شخصان على أن يقتصرا في الحياة وأن يتوارثا بعد الوفاة ، ومنها
مانسميه بميراث العضل ، وسيأتي الكلام عليه بعد .

سلطة رب الأسرة

كان الأب سيد بيته ، له الرئاسة على زوجته وولده وعليهم الطاعة نحوه ، وهنا
محل للبحث فيما إذا كان لرب الأسرة عند العرب سلطة على أفرادها بماثلة لما
كان لرب الأسرة عند الرومان من سيادة مطلقة على أعضاء بيته تشمل أشخاصهم
وأموالهم ^(٣) .

قال بذلك بعض الباحثين من علماء الغرب ، مثل دراست ^(٤) ومثل
سينيت ^(٥) ، الأول يرى أن الزوجة كانت تشتري كالسلعة وتعتبر جزءا من
ثروة الزوج ، والثاني يزعم أن سلطة الأب على أولاده كانت مطلقة لاحد لها
وقد يؤيد هذا القول بعض التقاليد المأثورة عن عرب الجاهلية وهي وأد
البنات وزواج المقت ، فالعادة الأولى تبين ما كان للأب من حق التصرف
في حياة بناته كما شاء ، والثانية هي أن يستحل ولد المتوفى زوجة أبيه إذا شاء

(١) المتعة هي الزواج المؤقت والشغار هو تبادل النساء دون مهر

(٢) الايلاء هو الطلاق المؤقت بأن يقدم الزوج على أن لا يقرب امرأته سنة أو سنتين ،
والظهار هو الطلاق الأبدى لاروجة فيه بأن يقول لزوجته « أنت على كظهر أمي »

(٣) لا شك في أن هذا النظام لا أثر له في الاسلام

(٤) Dareste, Etudes Historiques, T. I, p. 61

(٥) Seignette, Je Précis de Khalil, Introduction' p. 27-48

الزواج منها ، أو أن يزوجها من شاء ويقبض صداقها ، أو أن يعضلها عن الزواج (١) ، حتى تفقدى منه بملها ، كل ذلك . باعتبارها ملكا مورثا ، (٢) وهي عادة تفيد أن الزوجة كانت في سلطة زوجها كالرقيق في سلطة سيده يدخل في نصيب وارثه عند موته .

ولكننا إذا أمعنا النظر في هذه التقاليد انضح لنا أنها تقصر عن الدلالة على قيام نظام السلطة الأبوية في العرب .

فإن وأد البنات لم يكن عادة شاملة لجميع القبائل ، بل كان قاصرا على بعض بطون من تميم وأسد (٣) وهما من فروع شعب عدنان المتأخرة بحيث إذا فورنا بعدد القبائل الأخرى ظهر أنها أقل من نصف العشرين العرب ، وفوق ذلك فن المجموع عليه أنه لم يكن متبعا إلا في الطبقة الفقيرة منهما ومخافة الفقر (٤) .

وأما عادة العضل فهي كذلك لم تكن فاشية في المجتمع العربي ، بل كانت مكروهة من بعض القبائل تنبذها وتزدري من يعمل بها حتى سميت بزواج المقت (٥) ، والغالب أنها خاصة بأهل المدينة (٦) دون غيرهم من العرب .

على أن كثيرا من الشواهد - من أدبية واجتماعية وقانونية - تقنعنا بأن الأسرة العربية لم تكن كالرومانية خاضعة لسلطة رب الأسرة خضوعا مطلقا وبأن سلطته لم تتجاوز درجة الرئاسة اللازمة لإدارة شئونها ولتمثيلها أزاء الأسرات الأخرى ؛ وبأن لكل عضوفها مركزه ورأيه وماله الخاص .

١ - ناشعار العرب - وهي مقياس صادق لعقليتهم ودرجة تفكيرهم - تنفي بما كان للمرأة من الاحترام في نفوسهم وللزوجة من المكانة في الأسرة

(١) أي يحبسها عن الزواج ، ولذلك أطلقنا على هذه العادة فيما تقدم اسم نظام العضل

(٢) تاريخ التتميع وأصول الفقه للاستاذ أحمد أبى الفتح بك ص ١٦

(٣) تاريخ الامم الاسلامية - الاستاذ محمد التتري بك - طبعة أبلى ص ٣١

(٤) بدليل قوله تعالى (ولا تقتلوا أولادكم خشية إملاق نحن نرزقهم وإياكم)

(٥) تاريخ التتميع الاسلامى وأصول الفقه للاستاذ أبى الفتح بك ص ١٦

(٦) وهذا واضح من الرواية التي نقلها الاستاذ أحمد أبى الفتح بك كتابه فخر الاسلام ص ١٧٦

يفتح الشاعر قصيدته بمناجاة زوجته وبالتدح في المرأة ، وينادىها بجميل
اللقاب وبالكنية وهي من أسماء القشريف عندهم ، ويفضئ إليها بما في نفسه
من هم يشكوه أو من فضيلة يعز بها (١) .

٢ - والروايات الماثورة عن أحوال العرب الاجتماعية تشير الى المستوى الذى
نالتة الزوجة في الأسرة . والى اشتراكها مع الرجل في شئونها بالرأى والنصيحة والى
استشارة الأب بناته عند زواجهن ، ومن ذلك رواية الحارث بن عوف (٢) الملقب
بسيد العرب الذى أتى دار أوس بن حارثة الطائى ليخطب إحدى بناته فكان
لزوجته الفضل في قضاء رغبته رغم امتناع أوس في مبدأ الأمر وزوجه من
صغرى بناته التى قبلت ذلك بعد أن رفضت أختها .

٣ - ونظام التوريث في الجاهلية - الذى يجعل تركة المتوفى لابنه ، فإن لم
يكن له أبناء ذهبت الى أبيه ثم الى أخيه ثم الى عمه (٣) - يدل على أنه كان
للابن في حياة أبيه شخصية مستقلة وذمة منفصلة عن ذمة أبيه تصبح بعد
وفاته تركة تؤول الى أقرب أوليائه ، ولم يكن الأمر كذلك عند الرومان
في القديم ، ولم يكن للابن مال خاص ولا ذمة خاصة بجانب أبيه .
وخلاصة القول أنه لم يعرف عن العرب في الجاهلية نظام السلطة الأبوية
بمثل ما كان لرب الأسرة في روما وبما يترتب عليه من سيادة تامة تفنى فيها
شخصية أولاده وزوجه .

المعاملة

كانت معاملات العرب قاصرة في الغالب على البيع وأكثرها من طريق

(١) من ذلك قول أحدهم : يارب البيت قوهى غير صاغرة ضعى اليك رجال القوم والفرق
وقول شاعر آخر : ألم تحلى بأمرك الله أتى كريم على حين الكرام قليل

(٢) مدونة تفصيلا في تاريخ الامم الاسلامية للإستاذ الخضرى بك ص ٢٧

(٣) تاريخ التفسير الاسلامي للإستاذ الخضرى بك ص ٥٢ .

المقايضة وأحيانا من طريق التعامل بنقود مستعارة من فارس والروم (١) ، ثم على المدائنات بالربا سواء في الذهب أو الفضة أو الابل أو الغلال ، وقد ولع العرب بالميسر حتى جعلوه عنصرا من عناصر معاملاتهم ولذلك نجد عندهم أنواعا من بيع الغرر كالبيع بالملامسة أو المنازعة والبيع بالقاء الحجر (٢) .

العقوبات

كان نظام القصاص والديات سائدا في جرائم القتل والاعتداء على النفس والدية يتفق عليها بين قبيلتي الجاني والجنى عليه ، وقد يختلف تقديرها باختلاف التقاليد في القبائل ، وكانت القبيلة مسئولة عن جناية الفرد منها الا إذا أعلنت خلعه في المجتمعات العامة (٣) ، والقصاص في القتل يطالب به أولياء القتيل من قبيلة القاتل ، وقد ينتهي الأمر الى الحرب بين القبائل ، وتلك حالة كانت عامة في الجماعات القديمة في عهد الفطري حيث كان الانتقام الشخصي هو الأساس الوحيد لنظام العقاب .

النظام الفهائي

القضاء في عصر الجاهلية اختياري من كل وجه ، فلم يكن القضاء ملزما بالفصل بين من يحتكمون اليه ، ولم يكن الخصم ملزما بالتقاضي اذا طالبه الى ذلك خصمه ، ولم يكن ملزما بتنفيذ الحكم عليه اذا تقاضى وخسر دعواه ، ولم يكن لهذا وذلك من جزاء سوى غضب القبيلة أو الالتجاء الى حكم القوة ، شأن كل جماعة في عهد الفطري .

(١) لذلك نجد أسماء النقود عند العرب كالدرهم والدينار مماثلة لأسمائها عند اليونان والرومان
(٢) بيع الغرر هي بيع اللقمة ، فالامانة أن يتفق الطرفان على التبن وعلى أن يلس المشتري لئال المبيع دون أن يراه فإذا لمسه تم البيع ، المنازعة أن يشذ البائع الى المشتري بالمال امبيع فإذا نبذه اليه تم البيع بالثمن المتفق عليه ، وكذلك اذا اقم اليه بالهبا أو بعجر (٣) تاريخ التشريع الاسلامي للاستاذ المصري بك ص ٥٦ - وهذا يذكرنا بنظام التخلي عن المجرم abandon noxal عند الرومان وبسبب الشعوب القديمة الاخرى .

رأى انما كانوا يحتكون - على هذه الحال - الى رئيس القبيلة أو الى شخص عرف باصالة الرأي وصحة الحكم أو الى أحد من الكهنة ، يقضون في النزاع طبقا لتقاليد القبائل أو لأرائهم الخاصة أو لما يعرفونه من مبادئ الديانة الاسرائيلية (١) .

قضاء مضطرب غير ثابت ، لا يصدر عن قانون محدود يمهده بقواعده ولا يستند الى سلطة عليا تتولى ادارته وتؤيد أحكامه ، ولو أننا نجد نواة لهذا النظام في مكة قبيل الاسلام نظر لما بلغته من الحصار حيث اقتسمت قبائل قريش عدة مناصب فيها كالخجاجة والرفادة والسقاية واللواء (٢) ، وكنصب القضاء الذى عهد به الى أبى بكر فى عصر الجاهلية وكلف فيه بالديات والمغارم .

وما يلفت النظر أن بعض اجراءات التحقيق عند العرب فى ذلك العصر تماثل ما كان متبعاً فى القبائل الجرمانية وفى بلاد الانجلىز قبل الفتح النورمندى ، فقد كانوا يعملون بنظام القسامة (٣) ، وهو أن يحلف خمسون من أولياء القاتل أنه لم يقتل ، أو أن يحلف هذا العدد من أقارب القاتل أن المتهم قاتله ، وذلك فى الأحوال التى تتأيد فيها التهمة بقوة القرائن دون أن تثبت بروية الشهود (٤) .

المبحث الثانى

صدر الاسلام أو عصر التكوين

٦١٠ - ٧٥٠ م (١٣٢ هـ)

هذا العصر هو المرحلة الأولى للشريعة ، يمتد زمنه نحو قرن ونصف قرن ،

(١) فجر الاسلام ص ٢٧١ .

(٢) الحجابة هى نوى حراسة الكعبة وتفتح بابها لقاصدين اليها ، والرفادة تقديم الطعام لهم فى مواسم الحج ، والسقاية تقديم الشراب كذلك ، واللواء هو حق اعلان الحرب وحل رايها .

(٣) راجع البخارى فى باب القسامة ، ولان العرب فى تفسير كلمة قسم

(٤) يطلق اسم القسامة أيضا على الجماعة الذين يقسمون اليمن ، وهذه الجماعة تقابل من يسمون Compurgators فى القبائل الانجلوسكسونية القديمة وكذلك Cojureurs فى القبائل الجرمانية فى فرنسا القديمة

من ظهور الاسلام الى نهاية الخلافة الأموية ، في خلاله انتشرت الديانة الاسلامية وتكونت مصادر التشريع الاسلامي ونظم القضاء في الولايات ، وتشمل هذه المرحلة عهد الرسول الذي كمل فيه أصلا الشريعة الكتاب والسنة ، فعهد الخلفاء الراشدين الذي ظهر فيه مصدر ثالث وهو الرأي ، ثم عهد الخلافة الأموية الذي فيه أذيعت أحكام الحديث ، وثبتت فكرة الرأي على أساس على .

الفصل الأول عهد الرسول

٦١٠ - ٦٣٢ (١٠ هـ)

١ - مصادر التشريع

٢ - المصدر الاول : الكتاب

٣ - المصدر الثاني : السنة

٤ - أثرهما في تغاير المذاهب

- ١ -

بقى النبي عايشه الصلاة والسلام بمكة اثنتى عشرة عاما ونصف عام يدعو للاسلام فيها ، ثم هاجر الى المدينة وقضى بها عشرة أعوام الا قليلا ، وفي خلال هاتين الفترتين كانت أحكام الشريعة واردة فيما أنزل من كتاب الله وفيما صدر من سنة رسول الله صلى الله عليه وسلم .

ولم يكن للتشريع في هذا العهد من المصادر غيرهما ، فلا مجال لرأى مجتهد ولا لحكم قاض ، فقد كانت شئون المسلمين في يد الرسول وحده ، يشرع فيها ويقضى بما يوحى اليه من قرآن أو سنة ، لافرق بينهما في قوة التشريع سوى ان القرآن ألفاظه ومعانيه من عند الله أما السنة فألفاظها من عند الرسول (١) .

وكذلك انفرد هذا العهد دون العصور الأخرى بنزول القرآن وصدر الحديث ، وهما أصلا الدين والأشريعة ، أقيم عليهما بناء الأحكام كله في الأزمان التالية ، فهو عهد التشريع بمعناه الصحيح ، وهو تقرير القواعد في نصوص صادرة من المشرع ، سواء أكانت من الآله للناس أم من عهد اليه بنشر دينه بينهم وبتولى أمور المؤمنين منهم .

- ٢ -

نزل القرآن آيات متفرقات في ثلاث وعشرين سنة ، من يوم الرسالة إلى عام الوفاة ، ونزل من سورة نحو الثلاثين في مكة والثلاث الباقي في المدينة ، وكان للنبي صلى الله عليه وسلم كنية ^(١) يدنون ما ينزل من الآيات في رقاع أو على جريد النخل أو على أحجار رقيقة ، ثم توضع في بيت النبي بعد أن يأخذ بعض الكتبة منها صورة ويحفظها البعض الآخر عن ظهر قلب .
وما يلفت نظر الباحث في التاريخ التشريعي بالنسبة للقرآن ثلاثة أمور لها قيمتها في تتبع ظروف التشريع وفي تعرف أساليبه :

١ - الآيات المسكية والمرتبطة

الأول أن الآيات المسكية غالبية من الأحكام والمبادئ القانونية وقاصرة على العقائد والأخلاق ، تتناول وجود الآله وتوحيده ، وتقضى على عبادة الأوثان ، وتصف الحياة الأخرى نعيمها وعذابها ، وتبحث على الفضائل ، وتضرب الأمثال بأهم العصور السالفة ، أما الآيات المدنية فهي التي تشمل على تشريع الأحكام من عقوبات ومعاملات وأحوال شخصية إلى غيرها من أمور الحياة الدنيا . وهي فوق ذلك تشريع موجز يقع في عدد قليل من آيات القرآن ، في نحو مائتين من ستة آلاف .

(١) تاريخ التشريع الإسلامي لفضلي بك ص ٩ .

يقول بأن عددهم ٢٦ كتابا وقيل أكثر من ذلك ٦ ومنهم من لازم النبي في جميع أدواره التشريعية مثل زيد بن ثابت وخالد بن الوليد ومروان العاص ٦ وبعض هؤلاء ممن صار لهم شأن كبير في التاريخ الإسلامي بعد عهد الرسول صلى الله عليه وسلم .

هذا الأمر راجع إلى حالة الاسلام في أدواره الأولى ، فقد كانت مهمة الرسول عند البعثة في مكة متوجهة إلى تغيير عقيدة العرب وبت الإيمان في نفوسهم ونشر الدعوة بين الناس للدين الجديد ، فكانت الآيات القرآنية التي نزلت في مكة محصورة في الترغيب في الاملام والتحذير من الكفر^(١) ولما اتسع نفوذ الدين وكثر أتباعه عقب انتقال الرسول إلى المدينة وانتظم المسلمون في شبه دولة سياسية ، ونشأت بينهم العلاقات متنوعة من زواج وطلاق وإرث ، ومن تباع وتعامل وتداين ، ومن إضرار وجرائم ، لجأوا إلى النبي لتحديد هذه العلاقات اما بابقائها على تقاليد عهد الجاهلية واما بادخالها في عهد جديد واخصاصها لأحكام جديدة ، فنزلت الآيات المدنية بالمبادئ الواجب اتباعها في معالجة صلاتهم وتنظيم أمور معاشهم .

٢ - أسباب النزول

الأمر الثاني أن نزول الأحكام القرآنية كان في معظم الأحوال بمناسبة حادث اجتماعي يتطلب علاجاً ، إما بسؤال يوجه إلى الرسول^(٢) وإما بنزاع يعرض عليه أو شكوى ترفع إليه ، والأمثلة على ذلك في القرآن كثيرة اشتغل يبحثها المفسرون^(٣) ، منها أن مرثدا الغنوى طلب من الرسول اجازة زواجه بمسركة ذات مال وجمال فنزلت آية تحريم الزواج بين المسلمين والمشركين : « ولا تتكحوا المشركات حتى يؤمن .. » الآية .

ومنها أن رجلاً من غطفان كان عنده مال كثير لابن أخ له يتيم ، فلما بلغ

(١) ولذلك فإن خطاب القرآن في جميع الآيات المسكية يبدأ بقوله تعالى « يا أيها الناس » بينما يبدأ في الآيات المدنية بـ « يا أيها الذين آمنوا »

(٢) يبدأ أكثر من آيات التشريع بقوله تعالى « يدألوئك .. » وبعضها « يدعتوئك »

(٣) سميت هذه الموائد أسباب النزول ، ومن المؤلفات في هذا الموضوع كتاب هذا الاسم للأستاذ النيسابوري .

اليتم طلب المال؛ ففهمه عمه، فترافعا إلى النبي، فنزل قوله تعالى « وآتوا
اليتامى أموالهم .. » .

ومنها أن ابنا لابي قيس بن الأسلت الأنصارى طرح ثوبه على كبيشة
زوجة ابيه بعد وفاته، فورث نكاحها كما تقدم في زواج المقت، ثم عضلها
حتى تفتدى منه بمالهها، فشكت إلى رسول الله وشكت على أثرها نساء
المدينة من هذه العائلة، فنزلت الآية « يأها الذين آمنوا لا يحمل لكم أن
ترثوا النساء كرها ولا تعضلوهن .. »

ومنها أن أوس ابن ثابت الأنصارى توفي عن ثلاث بنات وزوجة، فجاء
رجلان من بني عمه وأخذوا ماله دون أن يدفعوا اليهن منه شيئا، فرفعت
الزوجة أمرها وأمر البنات إلى رسول الله، فقال لها ارجعي إلى بيتك حتى
أنظر ما يحدث الله في أمرك، فنزل قوله تعالى « للرجال نصيب مما ترك الوالدان
والأقربون . وللنساء نصيب مما ترك الوالدان والأقربون مما قل منه أو كثر
نصيبا مفروضا، وكانت أول آية نزلت من آيات الموارث .

لم ينزل من أحكام القرآن بغير حدث من الحوادث إلا نادرا، فلم يصدر
تشريع إلا بقدر مادعت اليه حالة المجتمع وإلا بقدر مظهر من العلاقات بين
الأفراد، وكذلك كان في الغالب شأن السنة .

ولعل في هذا الأمر إشارة إلى وظيفة التشريع الصحيحة، فلم تكن الشرائع
لحل مسائل فرضية قد تقع أو لا تقع في الحياة العملية، وإنما جعلت لتنظيم شئون
الامة في كل عصر بحسب ما يطرأ من الأحوال والعلاقات مع ترك ما لا ينتظر
حدوثه منها إلى تشريع العصر الذي تحدث فيه، حتى تكون مبادئه متفقة وظروف
المجتمع الذي تدرى عليه، متمشية مع عوامل التطور المختلفة، والا عرقلت
سيره وشلت حركته .

٣ - التدرج في التشريع

والأمر الثالث هو التدرج في التشريع، وهو الأسلوب الذي اتخذه القرآن

مراعاة لحالة المجتمع الاسلامى وما يحيط به من الظروف المتجددة ، وأخذ بالرفق فى اصلاح أمور أفراد ومعالجة عقليتهم ، حتى يصلوا شيئا فشيئا الى المستوى المراد رفعهم اليه ، دون أن يشعروا بالعجز عن بلوغه أو بالارهاق من صرامة تكليفه ، وعلى هذين الاعتبارين يقين أسلوب التدرج فى أكثر من موضع من مواضع التشريع ، سواء كان عاما ينظم واجبات الفرد نحو المجموع أو تشريعا خاصا يضبط علاقات الأفراد فيما بينهم .

ومن ذلك الاختصار فى الرسالة على الدعوة السلية للدين ، ثم لما كثرو المسلمون وقويت عقيدتهم واستمر الأذى من المشركين أمروا بالقتال لرد عدوانهم ولنعمهم من محاربة الدعوة الدنية^(١) ، ثم لما اشتغل المسلمون بالحرب فصلت قواعدها من أسرى وغنائم ، كذلك الزكاة فرضها القرآن في مكة على وجه عام دون ذكر مقدارها ومصارفها ، ثم بين ذلك فى المدينة بعد أن تقدمت حال المسلمين وألفت نفوسهم البذل لوجه الله .

ومن ذلك التدرج فى تحريم شرب الخمر واتخاذ الخمر والتعامل بالربا^(٢) . وكلها عادات تشربت بها نفوسهم وأصبحت من عناصر حياتهم منذ عصور الجاهلية مع ما فيها من الخطر على سلامة المجتمع ومن أكل أموال الغير بلا حق ومن استثمار الغنى حالة الفقير ، فلم يتعرض لها التشريع فى أول عهده ، ثم بدأ بالتغيير منها والتبليغ بمساوتها حتى اطمأنت قلوبهم الى الدين واستعدت نفوسهم الى طاعة تعاليمه ، فأنتهى الى النهى الصريح عنها . ولعلنا نتبين مما تقدم عن هذه الأمور الثلاثة - تشريع الاحكام فى آيات المدينة ونزول الاحكام بمناسباتها والتدرج فى الأمر والنهى - أنها ترجع كلها الى فكرة واحدة هى أساس التشريع فى كل عصر ، وهى اصدار القوانين طبقا لحالة المجتمع ودرجته من التطور والرقى .

(١) فجر الاسلام الأستاذ أحمد أمين ص ٢٨٧ . وهو يرى أن التدرج فى التشريع يسر الملقى بنسخ الاحكام سواء فى الكتاب أو فى السنة
(٢) المختارات الفنية ص ٥٠

- ٢ -

اشتمل الكتاب على الأحكام الكلية والأصول العامة بغير أن يتناول جميع المسائل الجزئية ، وتولى رسول الله تطبيقها على الحوادث وبيان العمل بها في حياته ، سواء أكان هذا البيان من طريق القول أم الفعل أم باقرار ما يحدث أمامه ، وقد اصطلاح على تسميته بالسنة واعتبر تشريعاً مكملاً لأحكام الكتاب ، وأصبح المصدر الثانى للشرعة الإسلامية (١) .

والسنة تستند الى نصوص الكتاب وتستمد أحكامها في مبادئه ، وقد رتب في هذا السيل طاقة من القواعد الشرعية قامت بجانب الأحكام القرآنية وصارت معها في مستوى واحد من حيث الصفة التشريعية ومن حيث درجة الالتزام في كل فريق منها .

ومن ذلك نعلم أن أحكام السنة متصلة اتصالاً وثيقاً بأحكام الكتاب ، فلم تعدد مارسمة من الحدود ولم تتجاوز ما قصده من المعاني ، وإنما عملت على تفصيل ما أجمل من أحكامه ؛ وعلى تخصيص ما أطلق من نصوصه ؛ وعلى تقرير القواعد فيما لم ينص عليه - أما بالقياس على مانص عليه وأما بالنظر الى المعنى العام المستفاد من النصوص الفردية أو الى المصاحبة العامة المقصودة منها :

١ - فن الأحكام التي جاءت بها السنة بياناً لقواعد القرآن المجملة أحكام الصلاة والزكاة ، فان آيات الكتاب اقتضت في نصوصها على فرضهما ، دون ذكر أوقات الصلاة وطرق أدائها وعدد الركوع والسجود فيها ، ودون ذكر المقادير الواجبة في الزكاة وشروطها ، وقد تكفلت السنة ببيان ذلك كله

٢ - ومن الأحكام الذي خصصت مطلق النصوص القرآنية - وذلك باستبعاد حالات خاصة من حكمها العام - جعل الرجم عقوبة لجريمة الزنا اذا وقعت من محصن ، مع أن نص الكتاب القاضى بعد الجلد مائة جلدة كان

(١) قال الله تعالى في سورة الحشر «وما آتاكم الرسول فخذوه وما نهاكم عنه فانتهوا» وفي سورة آل عمران «قل أطيعوا الله والرسول فان تولوا فان الله لا يحب الكافرين»

شاملا للزاني عامة سواء أكان عصنا أم غير محسن .
ومنها كذلك تخصيص النص المطلق الوارد في آيات الموارث التي قررت
الارث للوالدين والأولاد والأخوة والأزواج كل منهم بنصيبه ، فقد دلت
السنة على أنه لم يقصد بها التوريث اذا اختلف دين الوارث والمورث أو اذا
كان الوارث قاتلا لمورثه أورقيقا ^(١) ، مع أن ظاهر النص في الكتاب عام
لا تفريق فيه بين مشرك ومسلم ولا بين قاتل وبريء ولا بين رقيق وحر .

٣ - ومن القواعد الجديدة التي وضعها السنة فيما لم يرد فيه نص من
الكتاب ، تقرير الدية للجنين وللأطراف اقتداء بما جاء في القرآن عن دية
النفس ، وحظر البيع متى اشتمل على معنى الربا أو على زيادة بغير عوض ^(٢)
ومنع الجمع في الزواج بين المرأة وعمتها أو خالتها قياسا على نص الكتاب
بمنعه بين الأخت وأختها ^(٣) ، وتحريم الزواج من الرضاع فيما حرمه القرآن
من النسب ^(٤) ، ومنها كذلك توريث الجدة التي لم يجعل لها الكتاب نصيبا ،
وأن يؤول ما يبق من التركة - بعد توزيع الأنصباء - الى الأعصاب ممن لم
يذكر القرآن في أمرهم حكما ^(٥) .

تم دراسة هذا العهد بكلمة عن أثره في نظم العهد السابق عليه ، فانه فضلا
عما أحدثه الاسلام من الانقلاب في العقيدة الدينية ، وفي حياة العرب الخلقية
والاجتماعية ، فقد ترتب عليه من الناحية القانونية تطور لا يقل في خطورته

(١) مقولة عن رسالة الامام الشافعي في أصول الفقه في تاريخ التشريع الاسلامي للبخاري
بك ص ١٣٦

(٢) أنظر بيان ذلك بالتفصيل في تاريخ التشريع الاسلامي للبخاري بك ص ٢٤

(٣) لان الحكمة في كل الاحوال واحدة ، وقد تظهر تلك الحكمة من الحديث القائل (فانكم
اذا قطعتم ذلك قطعتم أرحامكم)

(٤) لم يحرم نص القرآن من الرضاة الا الام والأخت ، وحرم من النسب الام والبنت والأخت
والعمة والخالة وبنت الاخ وبنت الأخت - راجع سورة النساء (ولا تنكحوا ما نكح
آباؤكم) الآية

(٥) الحديث (الحقوا الفرائض بأهلها فما بقي ذلولى رجل ذكر) ٦ وهم الامام وبني
الاعمام - راجع تاريخ التشريع الاسلامي للبخاري بك ص ٤٠

عما ترتب عليه من النواحي الأخرى .

وقد ذهب هذا التطور الى المدى الذى يتفق مع تعاليم الدين الجديد ، ومع ما تكفل به من مهمة مزدوجة لا تنحصر فى بيان سبل السعادة فى الآخرة فحسب ، بل تشمل ارشاد الناس الى طرق الحياة السليمة فى الدنيا . لذلك تخللت تلك الفترة - من حياة الرسول - التى نزل فيها الكتاب وصدرت السنة حركة اصلاح بعيدة الأثر فى تقاليد العرب ونظمهم القانونية ، فقضت منها على ما يأباه الدين أو ينبذه الخلق ، أو يتنافى مع واجبات الفرد نحو الأسرة التى يتصل بها والمجتمع الذى ينتمى اليه ، فأبطل وأد البنات ، وحرم الربا ويوع الفرر ، وألغى كثير من نظم الأسرة الجاهلية مثل زواج المقت والمتعة وطلاق الظهار وميراث التبنى .

ولم تكن تلك الحركة قاصرة على هدم الفاسد من تقاليد الجاهلية ، بل أقامت نظاما جديدة لازمة لسلامة المجتمع ، فوضعت الحدود لمعاقبة الجرائم الخطيرة كالسرقة وقطع الطريق والزنا والمنذف ، وتقرر نظام الكتابة فى معاملات الديون ^(١) ، وجعل الميراث على أساس ثابت محدود يشترك فيه الأقرباء . كل بنصيبه ذكر أ أم أنثى ، بالغا كان أم صغيرا ، ونشرت المبادئ الخاصة بالمحافظة على أموال القصر واليتامى وحماية مصالحهم .

على أن التشريع الإسلامى لم يكن محمدا فى كل ما اتصل بالحياة القانونية عند العرب ، ولم يكن هداما لكل ما اتصل بالجاهلية من تقاليد ، بل أبقى منها ما لم يزل صالحا للحياة الاجتماعية فى الإسلام مع الأخذ بالتعديل فى بعضها بما دعت اليه حاجات هذه الحياة ، من ذلك أنه أقر نظام القسامة ولم يبطل ميراث الولاء ^(٢) ، وأبقى نظام الديات والقصاص غير أنه جعل المسؤولية فيه على الجانى لا على القبيلة كما كان فى الجاهلية .

(١) راجع سورة البقرة (يا أيها الذين آمنوا إذا تداينتم بدين الى أجل مسمى فاكتبوه . ذلكم أفط عند الله وأقوم للشهادة وأدنى ألا ترتابوا ..) الآية

(١) تاريخ التشريع الإسلامى للخصرى بك ص ٥٣

ولا شك في أن ظهور الاسلام كان حدا فاصلا بين عهدين مختلفين من عصور التاريخ القانوني — عهد الفطرة الذي لا يسود فيه قانون شامل ولا يؤيد تقاليده من جزاء سوى القوة الفردية ، وعهد النظام الذي يخضع فيه الجميع إلى شريعة عامة واحدة تؤيدها العقيدة وتسكفل بنفاذها السلطة الحاكمة.

الفصل الثاني

عهد الخلفاء الراشدين

(١١ - ٤١ هـ (٦٣٢ - ٦٦١ م)

١ - جمع القرآن ونشره

٢ - ظهور مصدر الرأي

٣ - تنظيم القضاء

في خلال هذا العهد - وعنى الأخص في خلافة عمر وعثمان - فتحت البلاد الفارسية والعراق والشام ومصر ، واعتنق الاسلام كثير من غير العرب ، وفي خلاله كذلك ثارت فتنة فقتل عثمان وتفرق المسلمون ، وبايع فريق منهم على بن أبي طالب ، واتبع آخرون معاوية بن أبي سفيان ، وتحارب الفريقان وتنازعا حتى قتل على وخلا الجو لمعاوية .

هذا عن تاريخ التطور السياسي .

أما عن التطور التشريعي فإن هذا العهد يمتاز بثلاثة حوادث كان لها شأن خطير في تاريخ الشريعة الإسلامية ، الأول جمع القرآن ونشره ، والثاني ظهور مصدر ثالث للتشريع وهو الرأي ، والثالث تنظيم القضاء .

— ١ —

جمع القرآن في خلافة أبي بكر ونشر في البلاد الإسلامية في خلافة عثمان . رأى أبو بكر أن كثيرا من حفظ القرآن قد قتلوا في بعض المعارك الحربية فخشى انقراض هذه الفتنة وشعر بالخطر من ذلك على كتاب الله ،

فأمر زيد بن ثابت - وهو أحد كتاب الوحي وحفاظه - فجمعه من العصب والخاف وصدور الرجال ،^(١) وحفظت صفحة عند أبي بكر ، ثم عمر ثم حفصه بنت عمر.

ولما ولي الخلافة عثمان وجد أن تلاوة القرآن في البلاد تختلف باختلاف لهجات العرب ولغاتهم ، فأمر بنسخ صور من صحف القرآن بلسان قريش ، ونشرت على المسلمين^(٢).

- ٢ -

كثرت الفتوح واتسعت للدسليين أسباب الثراء وواجهوا أنواع جديدة من مظاهر الحياة وعلاقاتها مما لم يرد عنه نص في الكتاب والسنة وما يستدعي معالجته بتشريع جديد ، فلجأ الخلفاء عند ذلك الى استنباط الاحكام الخاصة بها مسترشدين بما توحى به حكمة التشريع وبما تقتضيه المحافظة على المصالح العامة ، وهذا ما يسمى التشريع بالرأى .

١ - كان الرأى فى أكثر حالاته مستمدا من روح المبادئ المنصوصة فى القرآن والسنة وقياسا على الأصول والاحكام الواردة فيهما ، ولذلك أطلق على الرأى اسم آخر وهو القياس ، وكان يصدر الرأى أحيانا بعد استشارة الصحابة ورؤوس المسلمين واتفاقهم عليه - كما قيل بحدوثه فى عهدى أبوبكر وعمر وفى هذه الحالة يسمى الرأى بالاجماع ، أما اذا لم يكن عن قياس ولا عن اجماع فهو مجرد اجتهاد

وكثيرا ما وضعت قواعد جديدة بالرأى على أنواعه الثلاثة فى عهد الخلفاء الراشدين . من ذلك ما رآه أبوبكر من أن الجدمع الأخوة يحجبهم فى الميراث كالآب^(٣) ، وما أنقذه عمر من حد شارب الخمر ثمانين جلدة كالقاذف

(١) أى بن جريد النخل والحجر الرقيق وذاكرة حفاظ القرآن ٦ وتفصيل ذلك مروى فى صحيح

البخارى عن زيد بن ثابت - راجع الخضرى بك ص ٦٢

(٢) أما السنة فلم تجميع فى هذا العهد خشية الاختلاف فيها وخوف انه راف الناس بها عن

الكتاب راجع فى ذلك تاريخ التشريع الاسلامى للخضرى بك ص ٦٣

(٣) بخلاف عمرى فى ذلك وهى أن الجدمع لا يقاصى على الاب بل يشترط الأخوة معه فى الإرث

وباتفاق الصحابة (١)، وما قرره عثمان من أن التي طلقها زوجها في مرضه تراث منه بالرغم من انقطاع الزوجية وقت الوفاة (٢). وما قضى به على من أن الزوجة التي توفي زوجها قبل أن يدخل بها ودون أن يفرض لها صداقا لاحق لها في صداق المثل قياسا على المطلقة (٣).

٢ - وإذا ذكر التشريع بالرأى في هذا العهد ذكر معه الدور الهام الذي قام به عمر بن الخطاب في هذا الشأن أيام خلافته . فقد كان رجلا كبير الهمة شجاعا في الحق غيورا على الصالح العام . لذلك كان جريئا في العمل بالرأى سواء أكان عن قياس أم عن غير قياس متى وضحت له فيه مصلحة المسلمين وقد اتسع أمامه المجال في ذلك بما واجهه من الأحوال الجديدة - من اقتصادية واجتماعية وسياسية - التي نشأت عما حدث في عهده من الحروب وعماتم على يديه من الفتوح ، وأنه ليتضح لنا من الأحكام التي قررها عمر أنه لم يقتصر في أعمال الرأى على الأحوال التي لم يرد عنها نص من الكتاب أو السنة . بل أنه ذهب الى أبعد من ذلك وخالف بعضا من النصوص والقواعد التي كانت سارية قبل عهده (٤) . حتى يكون الحكم ملائما لظروف المجتمع الجديدة .

فقد قرر أن يوقع القصاص على من قتلوا واحدا ولو كثر عددهم . وأن ينفذ حد الجلد على شارب الخمر . وأن يعفى السارق من قطع اليد في عام المجاعة وأن يقع الطلاق الثلاث نهائيا خلافا لما كان متبعا قبل عهده . وأن يكون لصاحب الأرض حق مرور خليج المياه أرض الجار رغما منه مادام غير ضار

(١) تاريخ التشريع وأصول الفقه للاستاذ أبي الفتح بك ص ٢٢١ ، وكان العاربي جزر قبل

عهد عمر ولم يرد على شرب الخمر حد في القرآن أو السنة

(٢) ودوى أن عمر رأى أن المطلقة ثلاثا في مرض الموت تراث مادامت في العدة - راجع

تاريخ التشريع الاسلامي للخضري بك ص ٧٠

(٣) قال الله تعالى (لا جناح عليكم ان ملقتم النباه ما لم تحمواهن أو تبرهنوا لمن فرجهن)

(٤) فخر الاسلام ص ٢٨٣

به، وأن يمنع المؤلفه فلوبهم عن نصيبهم في الزكاة^(١) . لأن الله أعز الاسلام وأغنى عنهم . وأن تبقى الأراضي المفتوحة غرة بأيدي أهلها مع ضرب الخراج عليهم دون أن تذهب الى ايدي الغزاة باعتبارها غنائم كما يدل ظاهر النص في الكتاب^(٢)

٣- هذا هو المصدر الثالث لقواعد الشريعة . أي الرأي . فهو استنباط الحكم حيث لا يوجد النص والاختد بالروح لا بالحرف حيث لا يوجد النص وحين يراد تطبيقه على المجتمع في ظروف جديدة . وهو يقابل ما يسمى بالعدالة ، في القانون الروماني وفي القانون الانجليزي . وقد عرفه ابن القيم من قبل بأنه « ما يراه القلب بعد فكر وتأمل وطلب لمعرفة وجه الصواب » ويعرفه الأستاذ احمد امين الآن بأنه « ما يرشد اليه الذوق السليم بما في الامر من عدل أو ظلم »^(٣) .

وقد أصبح هذا المصدر الجديد عاملا خطيرا في تطور مبادئ الشريعة الاسلامية في العصور المقبلة ، إذا اتخذ شكلا عليا منظما بعد أن كان في هذا العهد قاصرا على حالات فردية ؛ ويظهر لنا أن الطريق الذي اتجه فيه الرأي بالنسبة لأحكام الكتاب والسنة يماثل الطريق الذي سلكته السنة من قبل بالنسبة لأحكام الكتاب ، فقد اهتدى الرأي الى قواعده بنصوص مصدرى

(١) قال الله تعالى (إنما الصدقات للفقراء والمساكين والعاملين عليها والمؤلفة فلوبهم) ، وهم قوم من سادات العرب - ممن أسلموا أو لم يسلوا - أمر الله نبيه بأنفهم أي بمقاربتهم واعطائهم حتى يرغبوا ان ياعم في الاسلام وحتى لانحلهم المعصية العربية على التألب مع الكفار على المسلمين - راجع لسان العرب في كلمة ألف

(٢) كان ذلك عنه فتح الشام والعراق ، وكانت مناقشة بين عمر وبعض الفزاة الذين تمسكوا بظاهر النص (واعلموا أنما غنمتم من شيء فإن الله حصه . .) . وكان مما اخرج به عمر أنه (إذا قسمت أرض الشام والعراق فما يسد به الثغور وما يكون للفرية والارامل بهذا البلد وبشره من أهل الشام والعراق ؟) راجع التشريع الإسلامي للخضري بك

الشريعة ومبادئها العامة كما استهدت السنة قواعدها من أصول المصدر الأول للشريعة ومن المعاني العامة التي يرمى إليها .

— ٣ —

كان القضاء في مبدأ هذا العهد في أيدي الخليفة وأمرأه الولايات الإسلامية يحكمون فيما يقع من الجنايات ويفصلون فيما يعرض عليهم من وجود النزاع ثم كان لعمر بن الخطاب بعد ذلك الفضل في تنظيم القضاء كما كانت له اليد العليا في العمل بالرأى ، ففي خلافته عهد بأمر القضاء في الأقاليم الإسلامية إلى رجال يعملون مستقلين عن الأمراء ، وأطلق عليهم للمرة الأولى اسم القضاة (١) وأوصاهم بأن يحكموا بين الناس بكتاب الله وسنة رسوله وأن يجتهدوا برأيهم فيما ليس في كتاب ولا سنة .

واتبع بقية الخلفاء الراشدين من بعده هذا السبيل ، ولهم كتب تاريخية (٢) وأقوال مأثورة تبين الطرق والمبادئ الواجب اتباعها عند الفصل في القضايا والصفات الواجب توافرها فيمن يلي وظيفة القضاء .

ويرجع هذا النظام إلى اتساع أعمال الولاية والأمراء واشتغالهم بإدارة الأمور الحربية والسياسية أكثر مما يرجع إلى فكرة الفصل بين السلطات في الدولة ، بدليل أن تنفيذ الأحكام كان في يد القاضي ، فهو الذي يصدر الحكم ، وهو الذي تنفذه ، ومن جهة أخرى فإن مهمة القضاء في هذا العهد كانت قاصرة على الخصومات المدنية ، أما القصاص والحدود والتأديب فهي مازالت في أيدي الخلفاء والولاة (٣) .

(١) تاريخ الامم الإسلامية للنخعي بك ص ٥٥ — ومن القضاة الذين عنهم هذا الخليفة أبو البراء في المدينة وشريح بن الحرث الكندي في الكوفة وقيس بن العاص في مصر

(٢) من ذلك كتاب عمه القاضي أبي موسى الأشعري وكتاب علي بن أحمد عماله في اختصار القضاء ، انظر سورتهما في تاريخ الامم الإسلامية ص ٣٤٢ و ٥٦٤

(٣) تاريخ الامم الإسلامية ص ٥٧

الفصل الثالث

عهد الخلافة الأموية

٤١ - ١٢٢ هـ (٦٦١ - ٧٥٠ م)

١ - كلمة اصطلاحية

٢ - الخلاف بين مذهبي الرأي والحديث

٣ - أثر هذا الخلاف في الفقه

٤ - نظام القضاء

وهذا العهد يعتبر مكملا للعهد السابق من وجهة التطور التشريعي ، حيث اكتمل فيه مصدر الرأي من جهة ، وانتشرت فيه أحكام السنة من جهة أخرى وبدأت فيه بوادر الحركة العلمية التي عظم شأنها في أرائل الخلافة العباسية .

- ١ -

يمتاز هذا العهد بثلاثة حوادث سياسية كان لها أثرها في تاريخ التشريع الحادث الأول انحياز غالبية المسلمين بعد قتل علي إلى معاوية وبقاء الخلافة في بني أمية تسعين عاما ، ويرجع ذلك إلى نفوذ معاوية وإلى ذمائه السياسي . والثاني تفرق الأقلية الباقية من المسلمين إلى فرق دينية وسياسية : فرقة الشيعة وهم اتباع علي والثاقون على معاوية لاستشارته بالخلافة ويرون أنها ليست على لا لغيره ، وفرقة الخوارج وهم الخارجون على علي ومعاوية على السواء والذين يرون أن الخلافة لا تنحصر في بيت معين وإنما تستند إلى إرادة الجمهور ينتخبون من يجدونه صالحا للقيام بشؤونهم .

والحادث الثالث هو اتساع الفتوح الإسلامية في الشرق والغرب وبدء امتزاج المدينة العربية بالمدنات الأخرى ، فقد امتد الفتح خلال هذا العهد في

آسيا الى بخارى وسمرقند ، ووصلت الجيوش الاسلامية الى بعض مدن الصين ؛ وكذلك فتحت كثير من جزر البحر الابيض المتوسط مثل قبرص ورودوس وسردينيا ؛ وساد نفوذ الاسلام في تونس والجزائر والمغرب من شمال أفريقيا ، وتوج التقدم الاسلامي بفتح الاندلس في أوروبا .
هذا عن التاريخ السياسي .

أما عن التاريخ القانوني في هذا العهد فانه يتخلص في أن أحكام الشريعة الاسلامية أخذت في التطور والاتساع تبعا للظروف الجديدة بما لبين ، أحدهما تقدم فكرة الرأى باعتباره مصدرا للتشريع ؛ فكان لأصحابه الفضل في تقرير الأحكام الجديدة ، وثانيهما قيام فكرة أخرى معارضة للرأى لا يتبع أصحابها الا نصوص الكتاب والسنة ؛ وهم أهل الحديث ، وكان لهم الفضل في شيوع روايته وفي اذاعة نصوصه وأحكامه ؛ غير ان هذا التطور كانت تشوبه شائبة نشأت من تغالى كل فريق في فكرته ، وهى اخلاق الأحاديث ونسبتها كذبا الى الرسول عليه السلام .
وفى على تفصيل ما تقدم من الاجمال .

- ٢ -

استمر العمل بالرأى في استنباط الأحكام نظرا لتنوع المعاملات وتجدد الأحوال مما لم يرد فيه نص من الكتاب أو السنة ، غير أن أهل الرأى بدأوا ينسبون موقفهم الى تعليل على ، فهم يرون « أن الشريعة معقولة المعنى » (١) قائمة على أصول ومبادئ عامة مستخلصة من روح النصوص ومن الحكمة في تشريعها ، وبعبارة أخرى لها غايات تسعى الى تحقيقها ومصالح عامة تقصد حمايتها ، ومن هذه المبادئ ، وعلى ضوء هذه المصالح يستمدون الحكم الواجب اتباعه فيما لم يرد عنه نص صريح من القرآن أو من السنة الثابتة .

(١) تاريخ التشريع الاسلامي - اخضرى بك - ص ٨٥ .

أمام هذا الفريق القاتل بالرأى قام فريق آخر يسمى بأهل الحديث يعتمدون على ظواهر النصوص القرآنية والتبوية ، يصرف النظر عما ترشد اليه من مبادئ وأصول عامة تربط الأحكام الفردية بعضها ببعض ، ولا يتعدون هذه النصوص « ولو أدت الى نتيجة غير معقولة » ، وبحيث لو عرض لهم أمر لا نص فيه امتنعوا عن الفتوى ، وقد كان لهذا الوقف ثمرة قيمة في تاريخ الشريعة ، اذ بعث على استقرار الأحاديث والبحث عما ورد من أحكام السنة لدى حفاظها والمعاصرين لزم الخلفاء الراشدين ، فداعت رواية الحديث وعرفت منه أحكام لم تكن معروفة من قبل (١) .

- ٣ -

صار لهذا الخلاف بين فريقى الرأى والحديث شأن كبير في العصر العباسى حيث ترتبت عليه حركة علمية واسعة النطاق تولدت عنها مذاهب الفقه الاسلامية ، لكنه لم يخل من الأثر في هذا العهد ولو أنه لم يزل في مرحلته الأولى ، ويظهر هذا الأثر خطيرا في رواية الحديث ضئيلا في اختلاف الأحكام أما بالنسبة لرواية الحديث فقد كان من نتيجة ذلك النزاع أن شاع الكذب على رسول الله عليه الصلاة والسلام وعلى صحابته ، اذ استباح بعض أفراد من الفريقين لأنفسهم أن يخلق من الأحاديث ما يريد مسلك فريقه ، ولذلك نجد كثيرا من الأحاديث المتناقضة في موضوع واحد كما في مدح الرأى وذمه ، ومن ناحية أخرى لم يتردد الحديث - لاعتمادهم في الأحكام على ما ورد من النصوص دون غيره - في قبول ما يروى من السنة سواء أكانت ضعيفة في سندها أم قوية ، وفي ذلك ما فيه من التشجيع على وضع الأحاديث المكذوبة ، ومن جهة ثالثة لما رأت فئة من أهل الحديث من امتناع زعماء مذهبهم عن

(١) نبى أبو بكر وعمر بن الخطاب عن رواية الحديث خفية من الاختلاف ومن انهم انبئ الناس به في كتاب الله ، ولذلك قلت رواية السنة في عهد الخلفاء الراشدين .

الفتوى فيما لم يرد عنه نص اختلف طائفة كبيرة من الاحكام منسوبة الى السنة حتى يستعينوا بها في سد الفراغ ، ولم تكن هذه الاحكام الموضوعه عقيمة الاثر بل صدر كثير منها عن رواية وبحث فقهى ونظر الى الامور حتى وصفها بعض الباحثين بأنها رأى في قالب حديث^(١).

وأما عن الاختلاف في الاحكام فان الفقه في هذا العهد لم ينل نصيبه من التدوين والترتيب بالرغم من انقسام الفقهاء الى أهل رأى وأهل حديث ، ولذلك فانه لم يعرف عنهم كثير من القواعد الواضحة ولم يصل اليها من عهدهم إلا قليل من الاحكام التى ظهر فيها الخلاف بين الفريقين ، وسأتى منها على مثلين :

الاول خاص بدية الأطراف للمرأة^(٢) : حددت النصوص في الكتاب والسنة دية الرجل مائة من الابل عن النفس وعشرة منها عن كل أصبع من أصابعه ، أما بالنسبة لأطراف المرأة فان أهل الحديث يستندون في تقديرها على قول من السنة بان « المرأة تعادل الرجل (أى تساويه في الدية) الى ثلث الدية فاذا زادت على ذلك فهي على النصف من ديته^(٣) . ويترتب على ذلك أن دية الاصبع الواحدة من أصابعها عشرة من الابل ودية أصبعين عشرون ودية ثلاث ثلاثون كما للرجل . أما دية أربع فهي عشرون أى نصف دية أربع من أصابع الرجل ، يستنكر أهل الرأى مثل هذه النتيجة التى لا تتفق مع العدالة^(٤) ، ويرون أن دية أطراف المرأة تقدر دائماً على النصف بما يقدر

(١) نجر الاسلام ص ٢٩٥ ، وهناك أسباب أخرى ذكرها المؤلفون لوضع الاحاديث للكنفوية ، أهمها اختلاف الاحزاب الدينية والسياسية ، والسعى في ترغيب الناس في الفضائل وحلهم على احترام الاحكام الفرعية - راجع تاريخ التشريع الاسلامى ص ٨١

(٢) انظر تاريخ التشريع الاسلامى لخصرى بك ص ٨٥

(٣) حديث مروى في لبنان العرب في تهذيب كلمة عقل

(٤) «فمنعنا عظم جرحها: قص عقلها» أى ديتها ، وهى العبارة التى اعترض بها ربيعة بن فروخ على حكم أهل الحديث ، وهو زعم أهل الرأى في هذا العهد

للرجل في الأطراف كما في النفس ، لا سيما وان المرأة تعامل نصف معاملة الرجل في الميراث وفي الشهادة ، ولا يتقون بصحة الحديث السالف فيه .
والمثل الثاني خاص بضمان الشاة أو الناقة المصراة^(١) التي يرددها المشتري بعد ما احتلبه من لبنها ، فما الذي يجب على البائع في مقابل هذا اللبن ؟ يقول أهل الحديث بأنه يرد الشاة « وصاعا من تمر » في نظير لبنها اعتمادا على حديث رواه أبو هريرة^(٢) ، أما أهل الرأي فانهم يذهبون الى أن المبدأ العام في ضمان المال المتلف هو رد المثل أو القيمة ، وصاع التمر ليس بالمثل ولا بالقيمة ، ويستدلون بذلك على الشك في صحة الحديث وعلى وجوب اتباع المبدأ السابق في ضمان ما احتلبه المشتري من لبن الشاة قبل ردها .

— ٤ —

بقي نظام القضاء على حالته التي كان عليها في عهد الخلفاء الراشدين ، غير أن تعيين القضاة كان يصدر من أمراء الولايات غالبا ومن الخليفة أحيانا ، وأن دائرة أعمالهم تجاوزت الفصل في الخصومات وتناولت مراقبة أموال اليتامى والإشراف على الأموال الموقوفة وعلى الأخص في مصر حيث أنشئ للبرة الأولى ديوان للأوقاف في أوائل القرن الثاني من الهجرة^(٣) ، وكذلك اهتدى القضاة في هذا العهد الى تدوين أحكامهم لضمان تنفيذها ولحسم النزاع عليها بعد اصدارها .

ولم يكن القاضي مقيدا بمذهب معين أو برأى خاص ، وإنما ترك له حرية الفصل في الدعاوى بعلمه واجتهاده ، وكان يرجع الى الخليفة فيما أشكل عليه

(١) وهي التي يختزن اللبن في ثديها وذلك يربطه حتى يظن من يراها أنها غزيرة اللبن .
وللمشتري في هذه الحالة الخيار في ابقائها أو في ردها الى البائع

(٢) فجر الاسلام ٢٥٤

(٣) تاريخ الامم الاسلامية للبخاري بك ص ٦٤٩

من الأمور وفيما تضاربت فيه الأحكام (٤) أو يستفي علىه بلده ، ونذكر
بهذه المناسبة ما كان من نتائج الفتوح في هذا العهد من تفرق فقهاء المسلمين
في الأقطار الإسلامية مثل بغداد والكوفة ودمشق ومصر ومن اشتغالهم فيها
بدرس الفقه وتعليمه للطلاب وبالإفتاء للقضاة والأفراد ، وكان ذلك وما
سبق وصفه من انقسامهم الى مذهبي الرأي والحديث مبادئ الحركة العلمية
التي اتسع نطاقها وارتفع شأنها في التالي ، ونرجى وصف ذلك الى بحث آخر.





Bibliotheca Alexandrina



0588519